
BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
B
32
NAPOLI

ELEMENTI
DEL
DRITTO CIVILE

SECONDO L'ORDINE DELLE ISTITUZIONI
DI GIUSTINIANO

ILLUSTRATI COLLE ROMANE ANTICHITA'

COLL' AGGIUNZIONE DEL DRITTO
DEL REGNO, E CANONICO

A CORRISPONDENZA DI CIASCUN TITOLO

AGGIUNTOVI PURE, PER OGNI
TITOLO, UN PARALLELO

*DEL DRITTO DI NATURA,
E DELLE GENTI.*

OPERA

DI FRANCESCO SAVERIO BRUNO
Regio Professore nell' Università di Napoli.

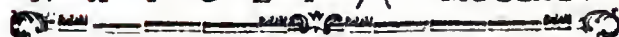
TOM. III.

*In cui si comprende il secondo libro delle
Istituzioni.*





NAPOLI)(MDCCXCI.



PRESSO FILIPPO RAIMONDI.
Con licenza de' Superiori.

DEGLI

ELEMENTI

DEL

DRITTO CIVILE.

LIBRO SECONDO

TIT. I.

De rerum divisione, & de adquirendo earum dominio.



Opo esfersi trattato nell' antecedente libro delle *Persone*, che sono il prim' oggetto del Dritto, passa Giustiniano a trattare del second' oggetto, che sono le *Cose*, dove verranno occupati questo secondo libro, il terzo, ed il principio del quarto. Partiremo questo primo Titolo in due parti; nella prima si ragionerà della divisione delle cose; nella seconda de' modi di acquistare il dominio.

DE RERUM DIVISIONE.

§. I.

La parola *res* è di ampio ſignificato, e preſſo i Giureconſulti comprende tutto ciò, che per natura può eſſere nel noſtro patrimonio. Quindi ſi diſtingue *res* da *pecunia*: poichè la voce *pecunia* comprende ſoltanto quel che veramente, ed attualmente è nel noſtro patrimonio: leggaſi *B. Ubero Pral. ad Inſt. h. t.* §. 1. La generica, ed univerſal diviſione delle coſe è queſta, che ci propone *Trib. pr. h. t.*: *vel in noſtro patrimonio* (1) *vel extra patrimonium noſtrum habentur*. Diconſi in noſtro patrimonio quelle coſe, che poſſiamo acquiſtarci coll'azione, e difenderci coll'ec-

(1) ~~La voce *patrimonium*~~ ſignificò prima i beni paterni ſoltanto, per la ragione, che per lo più i beni ſi acquiſtano dal padre, e ſovente i nomi deſumevanſi da ciò, che più frequentemente ſolea avvenire, ſiccome dimoſtra Fornerio *Rer. quot.* 1. 18. di poi dinotò anche i beni materni, e finalmente quali ſi vogliano noſtri beni, ed in queſto ſenſo diſſe Giovenale *Sat.* XII. *v.* 50. *facere patrimonia*. Quel che Connano, Cujacio, ed altri arguirono da certi luoghi di Sveton., di Val. Maſſimo, e di Seneca, cioè, che i beni materni ſi foſſero detti *Matrimonium*, fu riputato falſo da Caſaubono, e da Colero con ragione.

l'eccezione, *l.* 52. *D. de adqu. rer. dom.*, ancorchè sieno incorporali, come le servitù &c. Si dicono fuori del nostro patrimonio tutte quelle cose, che non sono in commercio; parimente le cose non ancora da altri occupate, e le cose derelitte da' padroni (1). La seconda divisione, che qui propone l'istesso Triboniano, seguendo il Giureconsulto Marciano nella *l.* 2. *pr.*, e nella *l.* 4. §. 1. *D. de divis. rer.* si è; *quadam communia sunt omnium, quadam publica, quadam Universitatis, quadam nullius, pleraque singulorum*, e di poi nel §. 7. suddivide le cose *nullius*, *in res sacras*, *religiosas*, *&* *San-*

(1) Sonovi coloro, che vogliono un terzo genere di cose, cioè, *qua nec in patrimonio, nec extra patrimonium sunt*, come le servitù, e lo argumentano dalla *l.* 1. *D. de usu, & usufr.*, ove il Giureconf. Paolo parlando delle servitù disse, *neque in bonis*, *neque esse extra bona*. Però queste parole non si debbono intendere, come se realmente le servitù fossero *neque in bonis, neque extra bona*, ma solamente perchè riguardate, come cose incorporali, sembrano non essere materialmente fra' nostri beni, quantunque per intellezione si reputino tali, giacchè i Giureconsulti dietro a' Filosofi Stoici dicevano, *res incorporales non esse*, *sed tantum intelligi*; all'incontro non possono dirsi effettivamente *extra bona*, perchè realmente prestano l'utile, e'l comodo egualmente, che le cose corporali. V. Gerad. Noodt. *probabil. lib.* 11. *c.* 3.

Sanctas. Noi però, seguendo piuttosto il Giureconsulto Cajo, ci valiamo della seguente divisione, che sembraci più accurata. Le cose sono, o di *Divino*, o di *Umano Dritto*: quelle sono, o *sacre*, o *religiose*, o *sante*: queste sono, o *comuni*, o *pubbliche*, o dell' *università*, o di *ciascuno*. Imprendiamo a trattare delle prime.

§. II.

Le cose *sacre* erano, *quæ rite per Pontifices Deo consecrata*, al dir di Triboniano §. 8., o come le definì Marciano nella *l. 6. §. 3. de div. rer.*, *quæ publice consecrata sunt*. Così erano *ædes sacræ* (3), *donaria* (4), ed ogni altra cosa consecrata *Diis Superis*. Si dicono *publice con-*

(3) I templi consagrati ad una sola Deità dicevansi propriamente *Fana*; que' consagrati a più Deità, *Delubra*. Del Rito di consagrare i templi leggasi l'eruditissimo *Einecc. Antiqu. Rom. h. t. §. 2.*

(4) *Donaria* erano i Clipei, e le Corone, che i Vincitori consagravano ad Apollo, Ercole, e Giove Feretrio. Erano pure i vasi d'oro, e le vesti destinate al sacro ministero. In questo senso prese tal voce Giustiniano nella *l. 21. Cod. de SS. Eccl.*

consecrata, poichè richiedevasi l'autorità del Senato, o 'l comando del popolo, o 'l decreto del Principe. Ed in vero i Romani erano molto gelosi, che non si fosse introdotto qualche rito, o dogma di peregrina religione; *V. Bynkers. de cult. relig. peregrin. apud veteres Romanos*; e perciò al dir di Marciano nella citata *l. 6. §. 3. si quis privatim sibi sacrum constituerat, sacrum non erat, sed profanum* (5). Le cose sagre appresso i Romani non erano in commercio, e riputavansi *nullius in bonis*, al dir di Cajo nella *l. 1. pr. D. de div. rer.*, e perciò non si potevano, nè alienare, nè obbligare §. 8. *Inst. h. t.*, poichè, al dir di Ulpiano nella *l. 9. §. 5. D. eod. res sacra non recipit aestimationem*; anzi rimaneva sacro il luogo, anche dopo diruto l'edifizio, *cit. l. 6. §. 5. l. 37. pr. D. de contr. empt.*, & *cit. §. 8. Inst.* Ma diveniva profano, se fosse stato occupato da' nemici, *l. 36. D. de* re-

(5) E' degno di memoria quel frammento di legge presso *Cicer. de legib. lib. 2. cap. 19.*, *separatim nemo habessit Deos, neve novos: sed ne advenas, nisi publice adscitos, nominatim colunto*.

relig., o dissagrato, il che dicevasi, *evocare sacra*, *l. 9. §. 2. h. t.* (6).

§. III.

Le cose *religiose* erano i sepolcri (7), ne' quali *corpus, ossave hominis condita sunt*, al dir di Ulpiano nella *l. 2. §. 5. D. de religios.*, o pure le ceneri, quando eravi l'antico costume di bruciars' i cadaveri, e seppellirsi le ceneri nelle urne. Tostochè dunque qualcuno inseriva il cadavere in qualche luogo suo proprio, e *puro* (8), quel tal luogo diveniva religioso §. 9. *Inst. h. t. cit. l. 2. §. 2.*, e perciò esente dal com-

(6) *Sacrorum evocatio* si faceva con rito solenne, di cui è da vedersi Macrobio *Saturn. lib. 3. c. 9.* G. Revardo *conject.* III. 17. Brisson. de Form. I.

(7) I sepolcri eran dedicati *Diis manibus*, onde negli antichi monumenti sono frequenti le formole *D. M.*, o *D. M. S.*, cioè *Diis manibus sacrum*. Anzi perciò dicevansi i sepolcri consagrati. Presso Grutero si fa menzione della *consagrazione del Sepolcro*. E sovente presso lo stesso i monumenti vengono detti *loca sacra*.

(8) *Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus, sed ab omnibus hujusmodi nominibus vacare dicitur*, disse *Ulp.* nella *cit. l. 2. §. 4. de Religios.*

commercio degli uomini, *l.* 12. §. 1. *D. eod.* *l.* 14. *C. de legat.* (9). Quind'il ſepolcro onorario, detto *Cenotaphium*, non era religioſo, come reſcriſſero gl'Imperadori Antonino, e Vero nella *l.* 7. *D. de div. rer.* (10). E ſe inferivaſi il cadavere nel luogo alieno, o di cui ſi avea la ſola proprietà, o'l ſolo uſufrutto, contraddicente, o ignorante il padrone, o'l proprietario, o'l fruttuario, quel tal luogo non fa-

(9) Biſogna notare, che i ſepolcri *non erant in bonis, neque in commercio*; ma non così *Jus inferendi mortuum*. Onde queſto dritto potea legarſi, tuttochè i ſepolcri non ſi poteano legare, *l.* 14. *C. de legat.* E così dee intenderſi quella formola ovvia ne' marmi; *hoc monumentum heredes ſequitur*, *l.* 5. *l.* 6. *pr. D. de religioſ.*, dalle quali LL. abbiamo, che i ſepolcri erano, o *familiar i*, o *ereditarj*; quelli non ſi appartenevano agli eredi eſtranei, ma ſoltanto a quei della famiglia; queſti eziandio agli eredi eſtranei.

(10) Prima di queſto reſcritto i Cenotafj ſi aveano per religioſi, come abbiamo da Virgilio *Æneid. lib.* III. *v.* 303., onde fa meraviglia, come il Giureconſulto Marciano, il quale viſſe dopo i citati fratelli Antonino, e Vero, aveſſe ſcritto nella *l.* 6. §. *ult. de div. rer.*, *cenotaphium magis placet locum eſſe religioſum, ſicut teſtis in ea re eſt Virgilius*. Dobbiam dire, che Marciano non aveſſe avvertito, ed aveſſe ignorato il reſcritto ſuddetto; nè queſto dee far meraviglia, poichè Cujacio, ed altri chiariſſimi Interpetri non ebbero ripugnanza di aſſerir lo ſteſſo di Paolo, Ulpiano, ed altri Giureconſulti V. Binkerſ. *L.* 1. *c.* 5.

ceasi religioso, e coll'azione *in factum* l'*inferente* veniva astretto a togliere il cadavere, o a pagare il prezzo del luogo, *cit.* §. 9. *Inst. l.* 6. §. 4. *de div. rer.*, *l.* 2. §. 7. *D. de religios. l.* 7. *pr. l.* 8. *eod. l.* 2. *C. eod.* Bastava però la ratiabizione del padrone del luogo, *cit. l.* 6. §. 4. Anzi nel luogo comune *puro*, cioè di profano dritto, non era permesso seppellire il cadavere del socio, *invito socio*, quando fossevi stato altro luogo, ove il socio potesse seppellirsi, *l.* 41. *D. de religios.* Ma nel comune sepolcro è permesso, anche contro voglia del socio, *l.* 6. §. 6. *D. comm. divid. cit.* §. 9. *Inst.* E se il cadavere fosse seppellito in diversi luoghi, quello soltanto reputassi religioso, ove la principal parte, cioè il capo, fosse seppellito, *quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest*, al dir di Paolo nella *l.* 44. *D. de religios.* Ma non tutto il luogo destinato alla sepoltura reputasi religioso, *sed quatenus corpus humatum est*, al dir di Ulpiano nella *l.* 2. §. 5. *eod.* (11). Finalmente i sepolcri sem-

(11) Han pensato taluni, che non solamente lo spa-

ſempre rimangono religioſi fino a che *reliquiæ tranferantur ;* al dir di Paolo nella *l.* 44. §. 1. *eod.* (12).

§. IV.

Sante dicevanſi quelle coſe, che ſotto pena non poteanſi violare, come le mura, e le porte della Città, §. 1. *Inſt. h. t. l.* 2. *D. ne quid in loco ſacro*, *l.* 8. *de div. rer.* (13). Plutarco *quæſt.*

ſpazio occupato dal cadavere foſſe ſtato religioſo, ma anche quella parte dell' aja circonvicina al ſepolcro, che ſolevaſi deſignare negli antichi monumenti con quella formola *IN. FR. P. X. IN. AGR. P. XX. In fronte pedes X. In agrum pedes XX.*, e ſoleaſi rinchiudere colla maceria, o muro. V. Grutero *de jur. manium l.* III. *c.* 4. Queſta opinione è molto probabile, altrimenti a qual fine deſignare, e circoſcrivere quel luogo? Onde il ſenſo della *cit. l.* 2. §. 5. dee eſſere, che non tutto il luogo, ov'è poſto il ſepolcro, è religioſo, ma ſoltanto il luogo deſtinato, e con certo ſpazio definito per la ſepoltura del cadavere. V. Eineccio nelle note a Vinnio §. 9. *Inſt. h. t. n.*3.

(12) Non poteanſi le oſſa togliere dal ſepolcro, e traſportare altrove, ſenza il permeſſo de'Ponteſici, o del Principe, *l.* 1. *l.* 8. & 33. *pr. D. l.* 14. *C. de religioſ.*, e nelle provincie, ſenza il permeſſo del Preſide, *l.*1. *C. eod.*

(13) In queſta L. il Giureconſulto Marciano ci reca la etimologia della parola *Sanctum a Sagminibus. Sunt autem ſagmina*, dic'egli, *quædam herbæ, quas Legati Populi Romani ferre ſolent, ne quis eos violaret.* Ed in vero tali erbe erano il ſegno della inviolabilità, come potrà leggerſi preſſo Feſto, *Voce, Sagmina*.

quæst. Rom. XXVI. dice, che le mura, e non già le porte, erano sante. Ma Eineccio *Ant. h. t.* §. 8. scioglie questa difficoltà, come potrà ivi leggersi. Quindi era proibito *aliquid immitti* nelle mura, e nelle porte, *cit. l.* 8. §. 2. Non era permesso *muros reficere, nec aliquid eis conjungere, vel superponere sine Principis, vel Præsidis auctoritate*, al dir di Ulpiano nella *l.* 9. §. 4. *D. eod.* Era comminata la pena capitale contra coloro, *qui violaverint, vel transcenderint muros*, al dir di Pomponio nella *l.* 11. *eod.* ove si riferisce il fatto di Remo, §. 10. *Inst. h. t.* (14).

§. V.

(14) Se in senso di Triboniano, *cit.* §. 10. e di Marc. nella *cit. l.* 8. dicesi *Santo*, quel, ch' è inviolabile sotto certa pena; si domanda, perchè tutte le cose, che anche sono inviolabili sotto certa pena non si dicono *Sante*, e di divino dritto? così dovrebbe dirsi la moneta, i cui adulteratori son puniti con pena capitale. Questa difficoltà, che ha esercitata la mente di molt' Interpetri di gran nome, mi pare bene sciolta dal chiarissimo D. Giuseppe Cirillo *Inst. Jur. Civ. h. t.*, come potrà leggersi presso lui, giacchè noi per non trattenerci in quistioni non troppo utili, passiam' oltre.

§. V.

Le già dette distinzioni sanno della paganica superstizione. Presso i Cristiani, le cose sacre sono quelle, che si consacrano a Dio, ed alla religione, per bene esercitarsi il culto divino, come i sacri tempj, i vasi, e gli ornamenti sacri. Ma si possono alienare i vasi, e gli ornamenti sacri, *caussa redemptionis captivorum* §. 8. *Inst. h. t.*, per alimentare i poveri nella pubblica fame, *l.* 21. *C. de SS. Eccl.* e per pagare i debiti della Chiesa, *Nov.* 120. *cap.* 10. Le cose religiose presso noi sono i sepolcri, i cimiterj, i monasterj, gli ospedali, ed altri luoghi pii. *Sante* diciamo le persone d'intera vita, trapassate al godimento della Celeste Gloria, per tali dalla Chiesa dichiarate, e chiamiamo ancora sante tutte quelle cose, chi ci santificano, come i Sacramenti, le opere di giustizia &c. Dalle cose sacre si distinguono le cose Ecclesiastiche, le quali non *ἀμέσως immediate*, ma *mediate* servono al divin culto, senza la consacrazione, come i beni Ecclesiastici, i Benefizj &c. Di tutto tratteremo giusta i principj del Dritto Canonico in un'

un' Appendice in fine di questo II. Lib., ed anche nel Dritto Pubblico del Regno.

§. VI.

Dopo aver detto delle cose *divini juris*, passiamo a quelle *humani juris*, che sono *communes*, *publica*, *universitatis*, *singulorum*, *pr. Inst. l. 2. pr. D. h. t. Comuni* sono quelle cose, *che nella proprietà sono di niuno*, *in quanto all' uso sono di tutti gli uomini*, §. 1. *Inst. l. 2. §. 1. D. h. t. Pubbliche* son quelle, *che in quanto alla proprietà son del popolo*, *in quanto all' uso di ciascheduno del popolo*. *Le cose dell' Università*, *che in quanto alla proprietà son dell' Università*, *in quanto all' uso di ciascheduno dell' Università l. 6. §. 1. D. h. t.* (15).

§.VII.

(15) Queste distinzioni son tutte della Filosofia Stoica. Gli Stoici, e per essi i Giureconsulti ammettevano due repubbliche, la *massima*, che comprendeva gli Dei, e gli uomini; la *minore*, ch'era ciascuna Città. In queste minori Repubbliche naturalmente doveansi comprendere altre *minime*, che noi chiamiamo università. E poichè ciascuna Repubblica dee avere il suo patrimonio; quindi le cose, ch' erano nel patrimonio della *massima* Re-

§. VII.

Dunque al dir di Triboniano nel §. 1. *h. t.*; *naturali jure communia sunt omnium hæc; aer, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris, l. 2. pr.*, & §. 1. *D. de div. rer.* L'acqua *profluente* è l'acqua perenne, *quæ semper profluit*, secondo Ulpiano nella *l. 1. §. 2. de flumin.* Diceſi lido del mare, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, al dir di Triboniano §. 3. *h. t. l. 96. c. 12. D. de V. S.*, cioè dove in tempo d'inverno il mare nelle ordinarie tempeſte ſuole traſcorrere. Il lido però ſi riferiſce fra le coſe comuni, non per ſe ſteſſo, ma per rapporto al mare, poichè occupat'i lidi non ſarebbevi più uſo del mare, e perciò Triboniano ſcriſſe, & per

Repubblica, *res communes*; quelle, ch' erano nel patrimonio della minore, *res publica*; quelle, che conſiſtevano nel patrimonio delle *minime*, *res univerſitatis* furono dette. Su queſto è degno leggerſi il chiariſſimo *Gerardo Noodt Probabil. l. 1. c. 8.* Sebbene alle volte gli antichi Giureconſulti non ſerbarono veruna diſtinzione fra le coſe comuni, e pubbliche, come riflette l'iſteſſo autore.

per hoc litora maris nel *cit.* §. 1. (16), ove soggiunse: *nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen a villis, & monumentis, & ædificiis abstineat, quia non sunt Juris Gentium, sicut est mare;* cioè quelle casette, che i pescatori si fanno ne'lidi, per di loro comodo, *§. 5. h. t.*, poichè queste sono dell'Edificante, che prima occupò; ma diruto l'edifizio, il luogo ripiglia la propria natura, cioè divien comune, *l. 5. §. 1. l. 6. de div. rer.*, *l. 4. D. ne quid in loc. publ.* (17), però non permettesi edificare nel lido, se non nel solo caso, che colla nuova opera non si rende deteriore l'uso di esso, *l. 3. §. 1. cit. l. 4. D. ne quid in loco*

(16) Al *cit.* §. 1. ed alla *cit. l.* 2. apertamente contraddice Celso nella *l. 3. pr. D.*, *ne quid in loc. publ.*, ove scrisse, *litora, in qua Populus Romanus Imperium habet, Populi Romani esse arbitror*. Circa questa antinomia leggasi il dottissimo D. Giuseppe Cirillo *Inst. Jur. Civ. h. t.*

(17) Erano talmente riputati comuni i lidi presso i Romani, che permetrevasi ad ognuno non solo di fabbricarci le Casette, delle quali fa qui menzione Giustiniano, ma eziandio di edificarci palagi per delizia, ed a questo han rapporto quelle parole di Orazio *lib. 1. Ode 11. qua hiems) nunc oppositis debilitat pumicibus mare*, come riflette Eineccio nelle note a Vinnio *h. t. cit.* §. 5.

co publ. Onde richiedesi la cognizione del Pretore (18).

§. VIII.

Tra le cose pubbliche sono i fiumi (19), i porti, §. 2. *Inst. h. t. l.* 4. §. 1. *D. de divis. rer.* Bensì non tutt'i fiumi sono pubblici, ma soltanto i perenni, giusta la definizione di Cassio addotta da Ulpiano nella *l.* 1. §. 3. *de flumin.*, poichè i torrenti, che scorrono soltanto nell'inverno, ma si seccano nell'està, non debbono fra le cose pubbliche, sì bene fra le private, annoverarsi, *cit. l.* 1. §. 2. Adunque è permesso ad ognuno del popolo navigare, e pe-

(18) Questo vuol dire quel *Decretum Pratoris* presso Pomp. nella *l.* 50. *de adqu. rer. dom.*, onde malamente Visenbachio, dietro Bacovio, opinò doversi leggere *Principis*.

(19) Bisogna distinguere l'acqua *profluente*, e 'l corpo del fiume: l'uso di quella, *ad lavandum, & potandum*, per dritto di natura, e delle Genti è comune, come si è detto; l'uso di questo *ad navigandum, & piscandum* è pubblico. Leggasi il dottissimo Vinnio su questo luogo.

pescare nel fiume (20). L'uso delle ripe del fiume eziandio è pubblico., come l'approdarci le navi, l'asciugarci le reti, e 'l farci ogni altra cosa simile, §. 4. *Inst. h. t. l. 5. pr. D. de div. rer.* Bensì la proprietà di esse è di coloro, a' territorj de' quali sono attaccate, come pure gli alberi, che vi nascono, *cit.* §. 4., & *cit. l.* 5. E ciò con molta equità, per compensare i danni, che sentono quei, che vi posseggono i fondi adjacenti.

§. IX.

Universitatis (21) sunt Theatra, Stadia, & his

(20). Le parole di Triboniano nel *cit.* §. 2. *h. t. jus piscandi omnibus commune est in portu, fluminibusque*, debbonsi intendere a tutti quei, che sono del popolo, nel cui territorio scorre il fiume.

(21) *Universitas* presso i Romani dicevasi ogni civil società, eccettuata la famiglia, e la Repubblica, e perciò tutte le *sodalità*, tutte le Tribù, tutt'i corpi degli Opifici si dicono *universitates*, *Uber. Pralect. ad Inst.* II: 8. Quando la Repubblica degenerò in Monarchia, divennero odiose a' Principi cotali società, e perciò furon riputati *corpi illeciti*, senza il di loro assenso.

his ſimilia, al dir di Triboniano §. 6. *h. t. l. 6.* §. 1. *D. de div. rer.* Dalle coſe delle univerſità deeſi diſtinguere il *patrimonio* della univerſità, il cui uſo *non patet ſingulis ex univerſitate*, *l.* 7. §. 1. *D. quod cujuſque univerſitatis*. Perciò il Servo pubblico non potè dirſi *res univerſitatis*, ma in *patrimonio univerſitatis*, *l.* 6. §. 1. *D. de div. rer.*

§. X.

Res ſingulorum ſono quelle coſtituite nel dominio di ciaſcuno; queſte diſtinguevanſi *in res mancipi*, *&* *nec mancipi* (22). Ma ſiffatta di-

(22) *Res mancipi* erano quelle coſe, che con certo rito, fra' ſoli Cittadini Romani, poteanſi vendere, ed erano riputate le più prezioſe, così dette, perchè il compratore, il quale appellavasi ancora *manceps*, *manu eas caperet*: onde la parola *mancipi* non è indeclinabile, come vogliono taluni, ma è in vece di *mancipii*. *Nec mancipi* eran quelle coſe, che non poteanſi con ſiffatto rito alienate. L'effetto della mancipazione era, che il pericolo della coſa mancipata reſtava al venditore, ma nella vendita delle coſe *nec mancipi* il pericolo paſſava al compratore, come rilevaſi ancora da due luoghi di Plauto in *Perſ. Act.* IV. *Sc.* 3. Le coſe *mancipi* erano I. *prædia in Italico ſolo*; al dir di Ulpiano XIX. *Frag.* 1.,

distinzione fu tolta da Giustiniano nella l. *un. C. de nudo Jure Quiritium toll.* L' altra divisione di esse

1., così rustici, che urbani: II. *Jura prædiorum rusticorum*, cioè la servitù de' predj rustici. III. *Servi*. IV. *Quadrupedes, quæ dorso, collove domantur*, come i *buoi*, i *muli*, gli *asini*, i *cavalli*, ma non già gli elefanti, ed i cammelli, i quali sebbene *dorso*, & *collo domantur*, pure vengono sotto nome di *bestie*, e perciò sono *res nec mancipi*, al dir del citato Ulp. V. *hereditas*. VI. *Filiifamilias*. VII. *Margarita*, per l' autorità di Plinio *Hist. nat.* XI. 35. Leggasi l' eruditissimo *Bynkers. de reb. mancipi*, & *nec mancipi*. La mancipazione era un atto legittimo, ove richiedevansi cinque Testimonj, il *Libriprende*, e l'*Antestato*. Il Libripende fu così detto, perche *libram æneam tenebat*: l' Antestato fu così denominato dal verbo *antestari*, che significò *tactis auriculis alterum Testem advocare*, come si fa chiaro da un luogo di Orazio, *Serm I. 9. v. 76.*, onde vogliono gli eruditi, che l' uffizio dell' Antestato fosse stato quello di chiamare i Testimonj, e renderli memori della di loro fede, ed attestazione, col toccamento dell' orecchio. *Merill. Obs.* VIII. 37. *Brummer. de leg. Cincia* XIII. XIV. Bisogna però qui notare la differenza fra le due frasi *Jure mancipii dare*, & *Jure nexi dare*. Ogni alienazione delle cose *mancipi* si facea *per æs*, & *libram*, o sia per la mancipazione, ma per doppio fine, o perchè si fosse trasferito il Dominio Quiritario, o perchè quella tal cosa fosse rimasta soltanto obbligata, p. e., che alcuno vi acquistasse il dritto di pegno, o simile. Nel primo caso dicevasi *res mancipio dare*. Nel secondo caso *Jure nexi*, siccome chiaramente lo insegna *Einecc. Ant. h. t.* dopo il dottissimo Gio: Frid. Gronovio in *Epist. 302. ad Claud. Salmas.* Donde restano bene illustrati i due

esse in *corporales*, & *incorporales* sarà spiegata nel seguente titolo. Onde passiamo ad esporre l'altra parte del titolo.

 DE

due luoghi di Varrone *de ling. Lat.* VI. 5., e di Festo *in voce, nexum*.

DE ADQUIRENDO RERUM DOMINIO.

§. I.

IL dritto, che riguarda le cose, distinguesi in *jus in re*, e *jus ad rem*. Questa distinzione quantunque si voglia originata dal dritto Canonico, pure non fu ignota alle LL. Romane, siccome dimostrano i detti Interpp. Il *jus in re* (giusta la definizione, che ne dà Ubero dietro Grozio) *è una facoltà, che alla persona sulla cosa compete, senza riguardo a certa persona*. *Il jus ad rem, è una facoltà, che compete alla persona, verso l'altra persona, perchè questa sia tenuta a dare, o fare qualche cosa;* come sono le obbligazioni, le quali *non egrediuntur personam*, al dir di Ubero *prælect. ad Inst. h. t.* §. 12. Del primo si tratterà ne' seguenti titoli. Del secondo negli ultimi titoli del terzo libro, e ne' primi titoli del quarto. Dall' addotta definizione è chiaro, che il *jus in re* non sia momentaneo, ma inerente alla cosa, ancorchè questa passasse in altrui mano, e perciò produce l'azione *in rem* avverso qualunque possessore, §. 1. *Inst. de act.*

act. l. 25. D. de obl., & act. Onde ſiegue, che quattro ſono le ſpezie del *jus in re*, *Dominium, Hereditas, Servitus, Pignus* (1).

§. II.

Il *Dominio*, di cui dobbiamo qui trattare, in forza della *l. 21. C. mandati*, e della *l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* può definirſi, *eſſere un dritto ſulla coſa corporale, mercè il quale poſſiam di eſſa diſporre, e vendicarla avverſo qualſiſia poſſeſſore, purchè non oſti la legge, la convenzione, o la volontà del Teſtatore*. Preſſo i Romani diſtinguevaſi queſto dominio in *quiritario*, e *bonitario* (2). Ma Giuſtiniano tolſe ſif-

 fat-

(1) Malamente Vinnio §. 11. *Inſt. h. t.* fra le ſpezie del *jus in re* annovera il poſſeſſo, poichè queſto produce ſoltanto un dritto momentaneo, *l. 5. D. de adq. poſſ. l. 5. D. de uſurpat., & uſucap. l. ult. C. qui legit. perſonam ſtandi in judic. habeant*; nè il poſſeſſo perduto ricuperaſi coll'azione reale, ma cogl'interdetti, che ſono rimedj perſonali, *l. 7. D. de vi*, ſiccome dopo *B. Ubero*, e *Zac. Ubero* dottamente dimoſtrò *Einecc. Elem. Jur. Civ. h. t.* §. 370. e nelle note al cit. luogo di Vinnio.

(2) Il dominio quiritario acquiſtavaſi da' ſoli cittadini Romani, co' *modi Civili*, i quali erano I, *heredi-tas*

fatta diſtinzione nella *l. un. C. de nudo jur. Quirit. toll.* Oggi i DD. diſtinguono il dominio in *pieno*, e meno *pieno*. Il primo è quello, che ha in ſe unite le facoltà di diſporre della coſa, e di percepirne ogni utile, come altresì di vindicarla; il ſecondo ha diviſe tali facoltà fra il padrone, che chiamiamo *diretto*, preſſo del quale qualche coſa rimane della facoltà di diſporre, e fra 'l padrone, che chiamano *utile*, nel quale ſi trasfonde la facoltà di vindicar la coſa, o di percepirne ogni utile. Le ſpezie del dominio meno *pieno* ſono *feudum*, *emphyteuſis*, *jus superficiei*, ne' quali il dominio diretto è preſſo il padrone del feudo, dell' enfiteuſi, della ſuperficie; il dominio utile preſſo il Vaſſallo, l'Enfiteuta, e 'l Superficiario. I feudi ſono ignoti al dritto Romano. Nel VI. Tomo di queſti Ele-

tas. II. *mancipatio*. III. *In jure ceſſio*. IV. *Uſucapio*, V. *Sub Corona emptio*. VI. *Auctio*. VII. *Traditio*. VIII. *Adjudicatio*. IX. *Lex*. X. *Adrogatio*. XI. *Donatio*. XII. *Modus adquirendi ex S. C. Claud.* Siccome li riduce l' eruditiſſimo *Einecc. Ant. h. t.* Il dominio bonitario potevaſi acquiſtare da altri con quali ſi vogliano modi naturali. Onde Teofilo §. *ult. Inſt. de libertinis* chiamò il primo *legittimo*, il ſecondo *naturale*. De' *modi Civili* ripiglieremo altrove il diſcorſo.

Elementi noi ne daremo un metodico trattato. Delle altre ſpezie del dominio meno pieno tratteremo altrove.

§. III.

La cauſa produttrice del dominio diſtingueſi *in remota, e proſſima*. Quella è il *titolo abile a trasferire il dominio*, come *pro empto, pro legato, pro donato, pro ſoluto, pro dote, pro ſuo, pro derelicto, pro permutato, pro tranſacto, pro adjudicato* (3), i quali tutti immediatamente trasferiſcono il *jus ad rem* ſoltanto, cioè l'azione perſonale, non il dominio,

(3) Molti di queſti *titoli* vengono trattati ne' *Dig. Lib. XLI. tit.* 4. *& ſeqq.*, ed altresì nella *l.* 17. *D. de uſurpat.*, *& uſucap.*, ove ſi menziona il Titolo *pro adjudicato*. I Titoli *pro permutato*, *& pro tranſacto* furono aggiunti da' DD. Abbiam noi omeſſo il titolo *pro herede, vel pro poſſeſſore*, il quale vien deſcritto nel *Lib. XLI.* de' *Dig. Tit. I.* poichè l'erede paſſa nel dritto del Defunto, e perciò comincia a poſſedere la roba ereditaria non con nuovo titolo di eredità, ma con quello ſteſſo, con cui il defunto lo poſſedeva, *l.* 11. *D. de diverſ. temp. præſc.*, *l. ult. C. pro herede l.* 4. *C. de praeſcript. longi temp.* In qual ſenſo poſſa averſi per titolo viene ſpiegato nel *cit. Tit.* 5. delle Pandette *pro herede, vel pro poſſeſſore*, ove leggaſi il chiariſſimo Einoccio.

l. 20. *C. de pact.* (4). Questa, cioè la causa prossima, è il *modo di acquistare*, il quale *immediatamente* trasferisce il dominio. I modi di acquistare il dominio altri sono del dritto di *Natura*, e delle *Genti*, altri del dritto *Civile*, §. 11. *Inst. h. t.* I *modi naturali* sono tre, *occupatio*, *accessio*; *&* *traditio*, de' quali qui trattasi. De' modi civili parleremo in appresso.

§. IV.

L' occupazione *è il prendere corporalmente la cosa*, ch' è *di niuno per farla nostra*. Si dicono *di niuno* quelle cose, le quali o *per natura non sono in dominio*, o *cessarono di essere in dominio*, *perchè avute per derelitte*, *cioè a Domino ea mente abjecta*, *ut in numero rerum suarum esse*

(4) Non è dunque il titolo, che trasferisce il *Jus in re*, il quale nasce dalla tradizione; si eccettuano però *il dritto dell' Ipoteca*, che si costituisce col solo patto, le *servitù negative*, le cose *aggiudicate ne' giudizj communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*, *&* *finium regundorum*; e quelle lasciate per ultima volontà, le quali immediatamente senza la tradizione, si acquistano. Leggasi il prelodato Eineccio *Elem. Jur. Civ. h. t.* §. 375.

esse nolit, al dir di Triboniano §. 46. *Inst. h. t.* Or dunque è chiaro l'assioma del dritto, che le cose *nullius cedunt occupanti*, *l.* 3. *pr. D. de adqu. rer. dom.* Benvero per dirsi occupata la cosa, richiedesi l'atto fisico dell'*apprensione* coll'animo *rem illam sibi habendi*, *l.* 3. §. 1. *D. de adqu. poss.* Le spezie della occupazione si riducono a tre, *venatio*, dove si riferiscono ancora *aucupium*, & *piscatio*; *occupatio bellica*, & *inventio*, delle quali tratteremo partitamente.

§. V.

La *Caccia* è l'*occupazione* delle *fiere bestie* (5), o *sieno terrestri*, o *sieno volatili*, o *sieno*

(5) Le *fiere bestie sono quelle, che liberamente vagano, nè possono occuparsi senza la forza*, e fra queste Tribon. annovera le api, le colombe, i pavoni, §. 14. & 15. *Inst. h. t.*, sebbene sembrino doversi piuttosto annoverare fra le mansuefatte. Le *mansuefatte* sono le fiere sicurate in casa nostra, come i cervi, ed altresì le colombe, i pavoni, le api. Le *mansuete* sono gli animali domestici, come le papere, le galline. §. 16. *Inst. h. t.* Chi sia curioso sapere le dissensioni de' Giureconsulti circa la natura di cotesti animali, e come Triboniano fosse stato accusato, e difeso nell'aver data la

oa-

fieno pesci, poichè riputansi *nullius*, *l.* 1. §. 1. *D. de adqu. rer. dom.* §. 12. *Inst. h. t.* Or dunque la caccia non può cadere sulle bestie mansuete, nè sulle mansuefatte, purchè queste non avessero deposto l'animo di ritornar al padrone, *l.* 4. *l.* 5. §. 5. *D. de adquir. rer. dom.*, §. 15. *Inst. h. t.* (6). E poichè le fiere bestie, giusta il pensare degli antichi Giureconsulti, sembrano per dritto delle genti essere di niuno, *cit.* §. 12. *Inst. h. t. l.* 3. *pr.* §. 1. *D. de adqu. rer. dom.*, siegue, ch' esse, tostochè sieno prese, diventino nostre, *l.* 1. §. 1. *D. eod.*, e possonsi prendere non solo ne' fondi nostri, ma eziandio ne' fondi alieni, purchè il padrone non ci vieti l' ingresso, *l.* 3. §. 1. *D. eod.* §. 12. *Inst. eod.*, nel qual caso sebbene il padrone possa agire contra di noi coll'azione *injuriarum*, *l.* 13. §. 7. *D. de injur.*, pure le fiere, occupate, *son sempre nostre*

natura di fiere alle api, alle colombe, ed a' pavoni, potrà leggere Geronjmo Magio *Miscel. l.* 3. *e Ver. Adduens. explic. Jur. II.* 25.

(6) Dice Triboniano in questo §., *nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

nostre (7). E' necessaria però la corporale *apprensione*, o colle mani, o co' lacci, o con altri istrumenti, non bastando aver ferita la fiera, o d'averla inseguita dopo ferita, siccome ragionevolmente prescrisse Giustiniano dietro l'opinione di alcuni antichi Giureconsulti, ributtando quella di Trebazio, il quale voleva, che la fiera da noi ferita, talmente che potesse prendersi, subito diventasse nostra, e tale dovesse riputarsi, fino a che potessimo inseguirla, poichè, al dir del lodato Giustiniano, §. 13. *Inst. h. t.*, *multa accidere solent, ut eam non capias.* Non possonsi però occupare le fiere rinchiuse nelle altrui piscine, o vivai, o alveari, perchè non sono *nullius*, *l.* 3. §. 14. *D. de adqu., vel amitt. poss.*, e per la stessa ragione, chi prende gli altrui animali mansueti, o mansuefatti, commette furto, §. 16. *Inst. h. t. l.* 5. §. 6. *l.* 44. *D. de adqu. rer. dom.* E' da notarsi, che le fiere

(7) Taluni dott' Interpetri han pensato diversamente, cioè; che la fiera occupata nel fondo del padrone proibente l'ingresso, fosse del padrone, e non già dell' occupante: così Cujacio, Vesemb., e Tuldeno; ma contra questi potrà osservarsi Vinnio nel *cit.* §. 12. *Inst. h. t.*

re occupate da noi, e poi sfuggite dalle nostre mani, e dalla nostra custodia, non sono più nostre, ma ricuperando la pristina libertà cedono all' occupante, §. 12. *Inst. h. t.*; e veramente questo dee dirsi un paradosso del dritto, poichè generalmente le cose nostre, ancorchè perdute, sempre nostre rimangono, e si possono da qualunque possessore vindicare. Allora però s' intende, che le fiere avessero ricuperata la pristina libertà, quando o si fossero involate agli occhi di chi prima le occupò, o fossero alla veduta, ma riuscisse difficile l' inseguirle, §. 12. *Inst. h. t.*, e su questo principio Triboniano nel seguente §. 4. decide il caso dello sciame delle api scappato dallo alveare (8). Nondimeno è necessaria la perpetua custodia, se la fiera non ancora sia mansuefatta, poichè se tale fosse divenuta dopo l' occupazione, e soglia andare, e ritornare, anche senza la perpetua custodia, riputa-

(8) Or è qui da riflettersi, che il dominio delle fiere bestie si ritiene più facilmente, che si acquista. Prima di occuparsi la fiera, ancorchè sia facile l' inseguirla, non comincia ad esser nostra; ma dopo occupata, se sia talmente al nostro cospetto, che sembrasse facile l' inseguirla, sempre è nostra.

putasi nostra, sino a che deponga l'animo di ritornare, come si è di sopra cennato, *cit.* §. 15. *Inst. h. t.*

§. VII.

L'occupazione bellica ha luogo nello stato di guerra, poichè, giusta i principj del dritto Romano, i nemici, e le cose de' nemici si riputano *nullius*, *l.* 1. §. 1. *D. de adqu. poss.* Onde dice Triboniano nel §. 17. *h. t.*, *ea, quæ ex hostibus capimus, Jure Gentium statim nostra fiunt, adeo quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur*. Ben inteso, che le cose immobili non cedono a' soldati, ma alla Repubblica; e perciò, come dice Pomponio nella *l.* 20. §. 1. *de captivis*, *publicatur ille ager, qui ex hostibus captus est*; e le cose mobili prese in atto della guerra neppure sono de' soldati stipendiarj, ma della Repubblica, cogli stipendj della quale essi militano, quantunque Cujacio avesse voluto sostener l'opposto *lib.* 19. *observ.* 7.; possono bensì appropriarsi di ciocchè loro permette il Duce, *l.* 36. §. 1. *C. de donat.* Se pe-

però nello stato di guerra le persone, o le cose occupate, si sottraggano, o si ricuperino dalle mani de' nemici, quelle ripigliano la libertà, e queste ritornano a' primieri padroni per dritto del *postliminio*, *l.* 7. *l.* 19. *de captiv. & postlim.*

§. VIII.

Coll' invenzione si acquistano le cose, che o per di loro natura sono di niuno, o si hanno per derelitte, *l.* 1. §. 1. *D. de adqu. poss.* §. 18. *Inst. h. t.* Ove dice Triboniano, *lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt*. Le cose derelitte dunque anche cedono all' occupante, come si è detto, cioè quelle rifiutate dal padrone con animo di non averle più per sue, §. 46. *Inst. h. t.*, e perciò non cedono all' occupante le cose perdute, come quelle, *quæ in tempestate levandæ navis caussa ejiciuntur*, o pure, *quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt*, al dir dello stesso Triboniano §. 47. *eod. l.* 21. §. 1. *D. de adqu. poss. l.* 8. *D. ad L. Rhod. de jactu*, poichè l' appropriarsi di

di queste tali cose sarebbe lo stesso, che commettere furto, *cit.* §. 47. *Ulpian. in l.* 43. *D. de furt.* Qui ha rapporto l'invenzione del Tesoro (9), il quale ritrovato nel luogo nostro, giusta la costituzione di Adriano, acquistasi a noi.

(9) *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam Dominum non habeat, sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ condiderit sub terra, non est thesaurus: cujus etiam furtum fit*, dice Paolo nella *l.* 31. §. 1. *D. de adqu. rer. dom.* Costumarono i Romani di nascondere il denaro ne' tempj per sicurezza, onde diceva Erodiano 1. 14. *ditissimum erat inter omnia templa, in quo quilibet ea, quæ haberet, ob securitatem reposuerat.* E quel che riponevasi nel sacro luogo per sicurezza, dicevasi *sacro commendatum*, *Cic. de legib. lib.* 2. *cap.* 9. Ne'sepolcri ancora una co' cadaveri seppellivano il danaro, alle volte per lusso, alle volte per sicurezza. Onde presso Terenzio *Eun. Prolog. vers.* 15.

Aut unde Thesaurus in patrium monumentum pervenerit.
E Fedro *lib.* 1. *Fab.* 27.

Humana effodiens ossa, Thesaurum Canis invenit.
Non altrimenti presso Plauto *Pseud. act.* 1. *Sc.* IV. *v.* 19.

Ex hoc sepulcro vetere viginti minas
Effodiam ego hodie, quas dem herili filio.

Alle volte a' sepolcri s'iscriveano le seguenti note I. M. I. ST. B. ABSC. *In memoria ista sunt bona abscondita*, o pure IN. MC. MM. S. P. SN. FN. *in hoc monumento sunt pecunia sine fine*, come spiegano *Paolo Diacono*, e *Manuzio*. Bisogna dire però, che queste note si fossero scritte per ostentare il lusso, poichè chi mai dopo aversi nascosto per sicurezza il denaro, voleva con siffatte cifre renderlo a tutti palese?

noi, purchè non ci fossimo valuti delle arti magiche per ritrovarlo, §. 39. *Inst. h. t. l. 63. pr. D. de adqu. rer. dom. l. un. C. de Thesaur.* Ma ritrovato nel luogo altrui, o privato, o pubblico fortuitamente, per metà cede al padrone, o alla Repubblica per dritto di accessione (10), e per metà all' Inventore; cercato poi appensatamente, e ritrovato nel fondo altrui, è tutto del padrone, e l' Inventore vien punito: ritrovato con arti odiose (11) è tutto del Fisco, *l. un. C. de Thesaur.* Ben inteso, che ritrovato a caso nel luogo sacro, o religioso è tutto dell' Inventore (12).

§. IX.

(10) Sembrano contraddire fra loro il §. 39. *Inst. h. t.* e la *l. 31. §. 1. D. de adqu. rer. dom.*, poichè in quello l' acquisto del tesoro si riferisce all'accessione, in questa all' invenzione. Ma non evvi antinomia. Il padrone del fondo acquista la parte del tesoro *Jure accessionis*, quando altri fortuitamente lo rinvenga. Se poi lo ritrovi egli medesimo, acquistalo *Jure occupationis*, *&* *accessionis*. L'inventore del tesoro nel fondo alieno a caso, ne acquista la parte *Jure occupationis*. Dunque, per diverso rapporto, l'acquisto del tesoro può riferirsi sì all' accessione, che alla occcupazione.

(11) *Sceleratis, & puniendis sacrificiis, aut qualibet alia arte legibus odiosa*; dice il Test. nella *cit. l. un.*

(12) La costituzione di Adriano per questa parte, che riguarda l' invenzione del Tesoro nel luogo sacro, o re-

§. IX.

L'altro modo di acquistare il dominio è l'*accessione*, o sia il *dritto di acquistare quell' incremento, che aggiungesi alla nostra cosa*. Si divide in *naturale, industriale, e mista*. Imperocchè tuttociò, che per beneficio della natura, o per arte, o per industria si aggiunge alla cosa nostra, diviene nostro. I modi dell'accessione naturale sono. I. *Fœtura*, onde l'assioma del dritto *quicquid ex ventre in dominio nostro con-*

 stitu-

o religioso, da doversi interamente all'inventore, contraddice apertamente al referitto degl' Imperadori Vero, ed Antonino riportatoci da Callistrato nella *l.* 3. §. *pen. D. de Jur. Fisci*, ivi: *si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis Thesauri reperti fuerint, dimidia pars fisco vindicaretur*. Quest' antinomia più d' ogni altra ha esercitata la mente de' dotti Interpetri. La migliore interpetrazione sembra quella di Accursio, abbracciata da Duareno, Giano a Costa, e dallo stesso Cujacio, *cioè*, che all'editto di Adriano si fosse in parte derogato dalla Costituzione di Vero, ed Antonino; ma che poi Giustiniano abbia approvato lo stabilimento di Adriano, perchè fondato sulla naturale equità, come dice nel citato §. 39. Posta però questa interpetrazione, dee dirsi, che peccò di molto Triboniano, il quale o non dovea inserire nelle Pandette la nuova Costituzione degl' Imperadori, o non approvare nelle Istituzioni l'editto di Adriano. Ma il lodato Compilatore in molti altri simili errori incorse.

stituto nascitur, nostrum est, (13) *l.* 6. *D. de adqu. rer. dom.*, *l.* 5. §. 2. *D. de rei vindicat.* II. *Insula in flumine nata*, *l.* 30. §. 2. *D. eod.* III. *Alluvio*, cioè *incrementum beneficio fluminis pedetentim*, & *latenter adjectum*, §. 20. *Inst. h. t.* IV. *Alvei mutatio*, §. 23. *Inst. eod.* Spiegheremo partitamente queste quattro spezie dell' accessione naturale.

§. X.

In ordine alla prima è assioma del dritto, *che tutto ciò, che nasce dagli animali costituiti in nostro dominio, è nostro*, §. 19. *Inst. h. t.* e perciò i parti delle nostre Ancelle, sono nostri, §. *ult. Inst. de Jur. pers. l.* 7. *C. de rei vind.*

§. XI.

L' Isola nata in mezzo del fiume è comune a co-

(13) I Giureconsulti seguivano quel principio della Stoica Filosofia, che il feto nell'utero non fosse animale, ma parte del ventre, e propriamente, come spiegasi Ulpiano nella *l.* 1. *D. de inspic. ventre*, *mulieris portio*, *vel viscerum*. *V. Meril. Observ. lib.* 1. *c.* 16.

a colo. , che dall'una parte, e dall'altra della riva possèggono i fondi, *pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit*, al dir di Triboniano §. 22. *h. t.*, s'è più vicina ad uua parte, a colui solamente si appartiene, il quale da quella parte possiede il predio alla riva più prossimo, §. 22. *Inst. h. t. l. 7. §. 3. D. de adqu. rer. dom.*; dice però Triboniano nel *cit.* §. *quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat*. Ed in vero in questo caso il territorio rimane del proprio padrone, *l. 7. §. 4. l. 30. §. 2. D. eod.* Le nuove Isole nate nel mare, *tanquam nullius cedunt occupanti cit. §. 22.*

XII.

Quel, che coll'alluvione aggiungesi al nostro territorio, è anche nostro, come si è accennato, per la ragione, che quel tanto, che aggiungesi *latentemente*, ed insensibilmente al nostro fondo, non può arguirsi quanto, e donde si fosse abraso, *l. 7. §. 1. D. de adqu. rer. dom.*, ove

 dice

dice Cajo, *quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoque momento temporis adjiciatur*, val quanto dire, che siffatto incremento non si può definire, nè può vindicarsi, e perciò hassi, come *res nullius*. Ma devesi intendere del territorio *arcifinio*, cioè designato da naturali confini (14). Deesi però por mente a ciocchè dice Triboniano nel §. 21. *h. t.*, *quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere*. Soggiuge però, che se questa parte staccata siasi incorporata al nostro fondo, di sorte che gli alberi abbianvi gittate le radici,

(14) I terreni, o sieno *agri arcifinii* hanno i confini dalla natura, come que' confinati da' monti, da' fiumi, *& nulla mensura continentur*, al dir di Frontino: da questi si differenziano *agri limitati*, quali anticamente dal pubblico terreno davansi a possedere a certa misura; quindi negli agri *arcifinj* poteva aver luogo l'alluvione, *l. 16. D. de adqu. rer. dom.*, *l. 1. §. 6. D. ne flum.* ma non già negli agri limitati, ove l'incremento prodotto dal favor del fiume, perchè oltre la misura, riputavasi pubblico. *Connan. lib. III. Comm. cap. 5.*, e *Gifan. alla cit. l. 16. dietro Frontino* esposero la natura degli agri *arcifinj*, e *limitati*. Ma con più accortezza *G. Frid. Gronovio Not. ad Grot. de jur. belli, & pac. lib. II. c. 3. §. 16.*

dici, allora acquistasi a noi (15). Così anche abbiamo nella *l.* 7. §. 13. *de adqu. rer. dom.*

§. XIII.

L'*alveo*, o sia letto lasciato dal fiume, cessa di esser pubblico, *quia jam populus eo non utitur*, al dir di Pomponio nella *l.* 30. §. 1. *D. h. t.* Imperocchè il popolo si serve dell'alveo, quando si serve del fiume, di cui l'aveo è parte: ma cessa servirsi del fiume, quando l'alveo si eficca. L'alveo dunque così eficcato acquistasi a' fondi vicini *pro modo latitudinis*, come si è detto dell'Isola, §. 23. *Inst. h. t.* E 'l nuovo alveo comincia ad essere dello stesso dritto, di cui è il fiume, cioè pubblico. E se dopo qualche tempo il fiume ritorni al primo letto, l'alveo derelitto eziandio acquistasi a coloro, che posseggono accosto la ripa, *cit.* §. 23. *& cit.*

 l. 7.

(15) Il Testo di questo §. delle Istituzioni è *mendoso*; ove dice, *videntur acquisita*, deesi correggere, e leggere *videntur acquisita* giusta le *Pand. Fiorent.* nella *l.* 7. §. 13. *D. de adqu. rer. dom.*, poichè non trattasi degli alberi solamente, ma della parte del fondo spiccata dal primo suolo, ed aggregata al nuovo. V. Vinnio nel cit. §.

l. 7. §. 5. Che se il fiume inondasse un podere, questo rimane di quello, di cui era; poichè l'inondazione non muta la natura del fondo, §. 24. *Inst. h. t.* Dicesi inondare, quando il fiume *eodem impetu, quo irruit, recessit. cit. l.* 30. §. 3.

§. XIV.

Fin qui dell'accessione *naturale*, siegue l' *industriale*, le cui spezie sono, *adjunctio*, *specificatio*, *commixtio*. La prima si è, quando l' altrui cosa aggiungesi alla nostra materia, *per inclusionem*, *adferruminationem*, *intexturam*, *inadificationem*, *scripturam*, *picturam*. Il fondamento si è quell'assioma, che l'*accessorio siegue il principale*, e come dice Paolo nella *l.* 23. §. 4. *D. de rei vind.*, *mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meamque efficit*. Dicesi *PREVALERE* non quel, ch' è più prezioso, ma ciocchè hassi per principale, e per soggetto, ancorchè fosse di minor pregio. Quindi l'altrui gemma incastrata al mio oro diventa mia, *l.* 19. §. 13. *D. de auro, argento legato*. L' altrui me-

metallo saldato colla mia cosa si fa mio, *l.* 17. *pr. D. de adqu. rer. dom.*, ove dice Pomponio, *si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse, & a te recte vindicari.* L' altrui porpora intessuta al mio vestimento fassi mia, §. 26. *Inst. h. t.* Ciocchè si edifica nel suolo, cede al suolo, o che noi colla nostra materia edificassimo nel suolo altrui, o che coll' altrui materia edificassimo nel proprio, *l.* 7. §. 10. & 12. *D. de adq. rer. dom.* §. 29. & 30. *Inst. h. t.* Ciocchè scrivesi nella carta, cede alla carta, *l.* 9. §. 1. *D. eod.* §. 33. *Inst. h. t.* La pittura ancora per l' esposta regola, cedeva alla tavola, *l.* 23. *D. de rei vind.* Ma, per l' eccellenza dell' arte, stimò Cajo, che la tavola dovesse cedere alla pittura, *l.* 9. §. 2. *D. de adqu. rer. dom.* la qual sentenza fu da Giustiniano approvata §. 34. *Inst. h. t.* Ma poichè sembrava cosa iniqua, che taluno si arricchisse coll' altrui danno, perciò fu determinato, che negli esposti casi il padrone della gemma incastrata, del metallo saldato, e della porpora intessuta avesse l' azione *ad exhibendum* avverso il possessore di

 buo-

buona fede *l.* 25. §. 5. *D. de rei vind.*, e l'altra, che diceſi *condictio ſine cauſa* §. 26. *Inſt. h. t.*; ed avverſo il poſſeſſore di mala fede *furti actionem*, *& condictionem furtivam cit.* §. 26. Similmente il padron della materia contra colui, il quale coll' aliena materia edificò nel proprio ſuolo, ha l'azione *in duplum de tigno* (16) *juncto*: ma non può vindicare la materia, nè ha l' azione *ad exhibendum*, poichè vietò la legge delle XII. Tavole di eſimere il tigno dall' edifizio, *ne urbs ruinis deformetur* (17) §. 29. *Inſt. h. t.*, *l.* 7. §. 10. *D. de adqu. rer. dom.* Ma non perciò il padrone della materia ne perde il dominio, poichè diruto per qualche cauſa l'edifizio, può agi-

(16) Ulpiano nella *l.* 1. §. 1. *D. de tigno juncto*, ſpiega chiariſſimamente il ſignificato della parola *tignum*: *tigni autem appellatione*, dic' egli, *continetur omnis materia, ex qua ædificium conſtat, vineaque neceſſaria. Unde quidam ajunt, tegulam quoque, & lapidem, & teſtam, cæteraque, ſi quæ ædificiis ſunt utilia: tigna etenim a tegendo dicta ſunt, hoc amplius, & calcem, & arenam tignorum appellatione contineri. Sed & in vineis neceſſaria continentur, utputa pertica, pedamenta.*

(17) Le parole della L. delle XII. Tavole furono *tignum junctum ædibus, vineaque ne concapet, ne ſolvito.* Le parole *ne concapet* ſi ſpiegano da Gotofredo, *ne vindicato*, che che ne dicano Scaligero, Teodoro Marcilio, Giano a Coſta, ed altri Interpetti.

agire *ad exhibendum*, e vindicat la materia, *si non fuerit duplum jam consequutus*, come dice Triboniano nel *cit.* §. 29. All'incontro chi colla propria materia avess' edificato in buona fede nel fondo altrui, cioè figurandosi esser suo il fondo; se si trovi nel possesso dell' edifizio, può coll' eccezione del *dolo malo* respingere il padrone, che cerca vindicare il suolo coll' edifizio, fino a che lo renderà soddisfatto del prezzo dell' edifizio medesimo: ma non trovandosi nel possesso dell' edifizio, e conseguentemente non potendosi valere della ritenzione, non avrà verun' azione per lo prezzo dell' edifizio, §. 30. *Inst.*, ove leggasi Vinnio, *cit. l.* 7. §. 12. *l.* 33. *D. de condict. indebiti* (18), siccome non avrà verun' azione, se avesse con mala fede edificato nel fondo alieno, *cit.* §. 30. Finalmente chi con buona fede scrisse nell'altrui carta, possedendola, può coll' eccezione del *dolo malo* conseguir il prezzo della scrittura dal padron della carta, che cerca vindicarla, §. 33. *Inst.*

(18) Ma poichè l'equità altrimenti richiede, nel foro all'edificante si suole accordare in questo caso l'azione *in factum*. V. B. *Uber. Pralect. Inst.* §. 40.

Inst. h. t. l. 9. §. 1. *D. de adqu. rer. dom.* E 'l padron della tavola, contra colui, il quale vi dipinse in buona fede, e possiede la tavola, ha l' azione *utile* a conseguirne il prezzo; ma se il pittore abbiavi dipinto in mala fede sarà tenuto di furto; §. 34. *Inst. h. t. cit. l.* 9. §. 2.

§. XV.

Passiamo alla specificazione (19), la quale non è altro, che il *fare dell' altrui materia una nuova spezie, e conseguirne il dominio*. Dunque in questo caso *fit accessio formae ad materiam*, come sarebbe far un vaso dall' altrui oro, o argento, dall' altrui uve il vino ec. §. 25. *Inst. h. t.* (20). Se taluno dall' altrui materia, senza

(19) Vinnio ad §. 25. *Inst. h. t.* volle, che la specificazione dovesse riferirsi più tosto all' occupazione, che all' accessione. Ma perchè meglio debba riferirsi all' accessione, potrà leggersi presso Eineccio nelle note al prelodato Vinnio.

(20) Malamente Triboniano in questo §. fra gli esempj della specificazione porta quello, *si quis ex alienis spicis frumentum fecerit*, poichè dovea rammentarsi di quel, ch' egli stesso avea trascritto nelle Pandette dal Giureconsulto Cajo nella *l.* 7. §. 7. *de adqu. rer. dom.*, *rect.*

senza volontà del padrone, avesse formata una nuova spezie, disputarono gli antichi Giureconsulti, se la nuova spezie, dovesse cedere al padron della materia, o piuttosto allo specificante (21). Ma Giustiniano colla sua decisione definì la quistione in questa guisa. Se la cosa potesse ridursi alla primiera materia, il padron della materia dovesse conseguir la cosa specificata, se poi non potesse ridursi, l'acquistasse lo specificante *cit.* §. 25. (22). Ma perchè *nemo locuple-*

recte quosdam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus & spica fuerunt, quum enim grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quæ est, detegit.

(21) I Sabiniani deferivano più alla materia, e perciò preferivano il padron di questa nel conseguir la nuova spezie, *quia sine materia nulla species effici possit*; per l'opposto i Proculejani attribuivano allo specificante la nuova spezie, *quia quod factum est* (cioè la nuova spezie) *antea nullius fuerat*, giusta le parole di Cajo nella *l.* 7. §. 7. *D. de adqu. rer. dom.* Ma poi cessato tanto il fervor delle dispute, i Giureconsulti *ercifcundi* abbracciarono la media sentenza, che fu anche seguita da Giustiniano.

(22) Dice in oltre Triboniano in questo §. che se taluno formi la nuova spezie, parte dalla sua; e parte dall'altrui materia, come se dal suo vino, e dall'altrui mele facesse il *mulso*, *dubitandum non esse, eum esse dominum, qui fecerit*. Borcolten, Bacovio, e Tuldeno furono di senti-

pletari debet cum aliena jactura, perciò nel caso che la cosa specificata dovesse cedere al padrone della materia, può lo specificante ripetere le spese coll' eccezion del dolo malo; all' incontro nel caso, che debba preferirsi lo specificante, può il padron della materia pretendere l' estimazione. V. Vinnio nel *cit.* §. *n.* 6.

§. XVI.

Resta a parlare della *Commissione*, la quale ha luogo, quando le *cose aride*, o le *cose liquide di due*, *o più si mischiano*; nel primo caso dicesi strettamente *commixtio*; nel secondo caso appellasi *confusio*, §. 27., & 28. *Inst. h. t.* I corpi mischiati *suam propriam speciem retinent*, come dice Paolo nella *l.* 23. §. 5. *D. de rei vind.*, o come dice Triboniano nel *cit.* §. 28., seb-

timento, che ciò dovesse aver luogo ancorchè la cosa specificata potesse ridursi al primiero stato. Ed a questa sentenza si appigliò il nostro Cirillo nelle sue Istituzioni *repet. prælect.* Vinnio stimò, che anche in questo caso dovesse aver luogo la distinzione, e nel caso, che la nuova spezie potesse ridursi al primiero stato, ognuno dovrebbe vindicare il suo. Questa opinione ci sembra più adeguata.

sebbene impropriamente, *singula corpora in sua substantia durant*. Ma non così i corpi confusi. Fissati tali principj ne sieguono questi Corollarj. I. Le cose, o liquide, o aride, allorchè si confondono, o mischiano, diventano comuni, se di comune volontà de' respettivi padroni avvenga la confusione, o mescolamento, *l.* 7. §. 8. *D. de adqu. rer. dom.* II. Se poi avvenga per volontà di un solo, le cose confuse si fan del confondente, *l.* 5. §. 1. *D. de rei vind. cit.* §. 27. *Inst.*; delle cose mischiate ognuno potrà vindicar la sua, *cit.* §. 28. *Inst. l.* 5. *pr. D. de rei vind.* III. Le cose fortuitamente confuse, parimente diventano comuni, *l.* 7. §. 9. *D. de adqu. rer. dom. cit.* §. 27. *Inst.* Le cose fortuitamente mischiate si potran vindicare dal proprio padrone, *cit.* §. 28. (23).

§.XVII.

(23) Triboniano nel citato §. 28. propone gli esempj de' bestiami, e de' frumenti mischiati. Ma non corre la stessa ragione. Alcune cose, come i bestiami, dopo il mischiamento ritengono la di loro spezie in guisa, che si possono distinguere, ed additare: altre cose poi non contengono la loro spezie così certa, che si possano designare, e distinguere, come i frumenti mischiati; e perciò non si possono separatamente vindicare: ma

§. XVII.

Dopo aver parlato dell' accessione *naturale*, e della *industriale*, rimane a far parola della *mista*, quando, e per benefizio della natura, e per industria degli uomini si fa qualche incremento alla nostra roba. Tre sono le spezie di quest' accessione: *plantatio*, *satio*, *& fructuum perceptio*. E rispetto alla prima, gli alberi piantati nel suolo cedono al suolo, purchè vi avessero gittate le radici, altrimenti potrannosi dal padrone vindicare, §. 31. *Inst. h. t.* Imperocchè per dritto Romano il dominio dell' albero fu estimato dalle radici; *nam credibile est alio terræ alimento aliam factam*, al dir di Paolo nella *l. 26. §. 2. de adqu. rer. dom.* (24). Quindi

ma in questo caso spetta all'arbitrio del Giudice destinare, *quale cujusque frumentum fuerit*, al dir di Triboniano nel *cit. §. 28.* cioè *ut amplius ferat is, cujus frumentum pretiosius fuit, vel ex acervo, vel certa pecuniæ adjudicatione, ut sic omni ex parte utrique satisfiat*, come commenta Vinnio nel *cit. §.*, per argomento della *l. 4. de rei vind.*, e del §. 5. *Inst. de Off. Jud.*

(24) Questa ragione di Paolo ricavata dall' intimo della Filosofia, e forse da' principj della Filosofia Epicurea, viene illustrata da Ubero *digress.* IV. 24.

di l'albero posto nel confine (25) è di quello, nel cui fondo ha gittate interamente le radici, ma se le avesse gittate nel fondo dell'uno, e dell'altro vicino, è comune *pro regione cujusque prædii*, al dir di Marciano nella *l. 8. de adqu. rer. dom.* §. 31. *Inst. h. t.*, *l. 7. §. ult. de adqu. rer. dom. l. 19. D. com. div.* Però il Padrone dell'albero piantato, e radicato nell'altrui suolo, ha l'azione *utile* per essere indennizzato del valore dell'albero, *l. 5. §. 3. D. de rei vind.* Rispetto alla semina, dice Triboniano nel §. 32. *Inst. h. t.*, *quâ ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur*. Ma il possessore di *buona fede* col ritenere il fondo, e coll'eccezione del dolo, può farsi soddisfare delle spese della semina, e del prezzo de' frumenti seminati, *cit. §. 32.*

§.XVIII.

(25) *Confinium* era lo spazio di cinque piedi, che in virtù della L. delle XII. Tavole dovea lasciarsi fra' terreni contermini. Gravina *de jur. nat., & Gent. c.* XXXVIII.

§. XVIII.

L' ultima spezie dell' accessione *mista è la percezione de' frutti*. Chi possiede *l' altrui roba con buona fede non interrotta*, *e con giusto titolo*, *si ha in luogo di padrone*, *e fa suoi i frutti*, *che ne percepisce*, *l.* 23. *pr. l.* 48. §. 1. *D. de adqu. rer. dom.* Dicesi possedere con *BUONA FEDE*, *qui ignorat rem alienam esse*, *putatque eum*, *a quo caussam habet*, *tanquam dominum*, *procuratorem*, *vel tutorem jus alienandi habuisse*, al dir di Modestino nella *l.* 109. *de V. S.* Con *GIUSTO TITOLO*, *chi possiede per causa abile a trasferire il dominio* (§. III.). Il *possedere* poi non s' intende il detener la cosa semplicemente, ma il detenerla *animo domini*, il quale possesso dicesi strettamente CIVILE, e si oppone al possesso NATURALE, *l.* 1. §. 9. *D. de vi*, *& vi arm. l.* 38. §. 7. *D. de V. S.* I frutti, o sono NATURALI, i quali dalla stessa cosa *natura proveniunt*, come sarebbero nel fondo le biade, l' uva, il fieno, le ghiande; ne' bestia-

ſtiami il latte, la lana, il feto (26) §. 37. *Inſt. h. t. l.* 28. *D. de uſur.*; o CIVILI, i quali *jure percipiuntur*, cioè non dalla coſa, ma *occaſione rei*, *l.* 62. *de rei vind.* come le penſioni, le uſure. In oltre i frutti naturali, o ſono tali, che *ſponte ſua proveniunt*, giuſta la fraſe di Virgilio *Georg. I. v.* 11. o pure *diligentia*, & *opera noſtra proveniunt*, al dir di Paolo nella *l.* 48. *de adqu. rer. dom.*, cioè provengono dalla natura colla induſtria, ed opera dell' uomo, come il frumento, il vino, i quali propriamente diconſi *induſtriali*; ſi ſuddividono *in pendentes*; i quali non ancora ſono ſeparati dal corpo, & *tanquam pars fundi videntur*, *l.* 4. *de rei vind.*; *perceptos*, i quali ſon già ſeparati, *l.* 25. §. 1.

(26) Dice Triboniano nel §. 37. *h. t. In pecudum fructu etiam fœtus eſt* .... *partus vero ancillæ in fructu non eſt*; ne adduce per ragione, *abſurdum enim videbatur hominem in fructu eſſe*, *quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit*: le quali parole ſono traſcritte da Cajo nella *l.* 28. §. 1. *de uſur.* Vinnio nel *cit.* §. 37. non approva ſiffatta ragione. Cicerone *1. de fin. c.* 6. fa ſaperci eſſere ſtata antica quiſtione, *an partus ancillæ ſit in fructu*, e che P. Scevola, e M. Manilio foſſero ſtati della opinione affermativa; Bruto poi della negativa, la quale ebbe luogo, come ce ne fa teſtimonianza Ulp. nella *l.* 68. *de uſufr.*

in fin. D. de usur. ; & *percipiendos* , *qui separari potuissent* , *sed in corpore perierunt* , al dir di Einecc. *Pand. lib. XXII. tit.* 1. §. 87. Di nuovo i *percepti* , o sono *extantes* , i quali si trovano ancora *in bonis* del possessore , *l.* 22. *C. de rei vind.* , o *consumpti* , i quali non sono presso di chi li percepì , o perchè abbiaseli consumati , o perchè abbiali trasferiti in altri , *l.* 22. §. 2. *D. de pign. act.* Se dunque la buona fede, e 'l giusto titolo fanno sì , che il possessore *sit loco domini* (27) , siegue , che costui colla percezione acquisti i frutti , tostochè sieno separati dal

(27) Han dissentito gli autori nell'addurre la ragione , o sia causa di questo modo di acquistare : alcuni con Vinnio stimarono essere la buona fede ; altri la *cultura* , e *cura* , poggiati alle parole di Triboniano nel *cit.* §. 35. , *naturali ratione placuit* , *fructus* , *quos percipit* , *ejus esse pro cultura* , & *cura* ; onde questi diedero al possessore di buona fede i soli frutti industriali : quegli i naturali ancora . Eineccio nelle note a Vinnio concilia le addotte opinioni nella seguente maniera . La causa prossima , dic' egli , è la cultura , e cura , cioè *qualiscumque cura rei impensa* , poichè, giusta l' insegnamento di Gerardo Noodt *prob.* 11. 7. , *cultura* , & *cura* , in questo luogo sono sinonimi . Ma la causa rimota è la buona fede . Quindi , sebbene sì il possessore di buona fede , che quello di mala fede avessero la stessa cura della cosa , pure questi non acquista i frutti , *quia ipsi nec color* , *nec jus colendi fuit* . In oltre il possessore di buona fede dee lucrare anche i frutti naturali , poichè non vi è cosa , che non esiga , se non la coltura , almeno la cura . Così il prelodato chiarissimo autore .

dal suolo, o dall'albero, *l.* 48. *pr. D. de adq. rer. dom.* (a differenza del vero padrone, al quale senza la necessità di percepirgli, e separarli dal suolo, i frutti si appartengono), o che sieno industriali, o che sieno naturali, come chiaramente scrisse Paolo nella *cit. l.* 48. *pr.* adducendo la cennata ragione, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est*. Dice il Giureconsulto (28) *loco domini pene est*, ma non assolutamente padrone, poichè sopravvenendo il vero padrone, quantunque il possessor di buona fede non fosse tenuto a restituire i frutti consumati, *etiamsi factus sit locupletior*, §. 35. *Inst. h. t. l.* 4. §. 2. *D. finium regund.*, dee però restituire gli estanti, *l.* 22. *C. de rei vind.* E questo volle dire il Giureconsulto Paolo nella *l.* 48. *de adqu. rer. dom.*, *percipiendo fructus suos interim facit*, cioè fino a che sopravvenga il vero padrone (29).

(28) A questo Testo di Paolo apertamente si oppone quello di Pomp. nella *l.* 45. *de usur.*, la quale antinomia ha messa a tortura la mente degl' Interpetri, i quali han diversamente opinato; leggasi però la più sana conciliazione presso Eineccio nelle note a Vinnio.

(29) Onde disse elegantemente Cujacio ad *Afric. tract.* 7. nella *l.* 40. *de adqu. rer. dom.*, *fructuum adquisitionem perceptio statim inchoat, consumptio consummat.*

Per l'oppoſto il poſſeſſore di mala fede dee reſtituire i frutti *perceptos*, *& percipiendos*, *l.* 33. *l.* 62. §. 1. *D. de rei vind.* §. 35. *Inſt. h. t.*, dedotte però le neceſſarie ſpeſe, poichè, al dir di Ulpiano nella *l.* 7. *D. ſoluto matrim.*, *fructus eos eſſe conſtat, qui deducta impenſa, ſupererunt.*

§. XIX.

L'ultimo modo di acquiſtare il dominio per dritto delle genti è la *tradizione*, o ſia *la dazione del poſſeſſo*, come la definiſce Cujacio 11. *obſ.* 19. Eſſa riguarda le coſe corporali ſoltanto, poichè le coſe incorporali *non traduntur*, come meglio ſpiegheremo a ſuo luogo. La tradizione, o è finta, o è vera. La vera è *il fiſico, e reale trasferimento della coſa, per quanto comporta la natura della coſa iſteſſa*. S'è mobile, ſi fa da mano a mano, *l.* 8. *D. de pecul.*; s'è ſtabile, ſi fa con indurre la perſona nel predio, *l.* 3. §. 1. *de adqu. poſſ.* (30). La finta, quando fingeſi

(30) Ove dice il Giureconſulto Paolo, *quod autem diximus, & corpore, & animo adquirere nos debere poſſeſſionem, non ubique ita accipiendum eſt, ut qui fundum*

gesi interposta la tradizione, la quale realmente non intervenne, come, se fingasi dare la cosa, che da quello, cui si vuol dare, già per altra causa si possiede, §. 43, *Inst. h. t.*, onde dicesi fatta *brevi manu*, *l.* 43. §. 1. *de jur. dot.* Vedi Altaserra *de fict. jur. tract.* 3., *e* 5. Similmente è fittizia quella, che si fa con qualche segno, che dimostra possesso in quel tal genere di cosa; p. e., la tradizione delle chiavi del granajo dinota il possesso del granajo medesimo, § 45. *Inst. h. t.* ed altri esempj, che potransi leggere presso il citato Altaserra, *ibid. c.* 4. la quale tradizione chiamasi *Simbolica*. Altra spezie di tradizione finta è quella, che leggesi nella *l.* 18. §. 2. *de adqu. poss.*, cioè quando la cosa, di cui si vuol dare il possesso, dimostrasi *e longinquo.*, la quale dicesi *longa manu fatta*, *l.* 79. *D. de solut.* Allora però la tradizione trasferisce il dominio, quando il tradente è padrone, ed ha il dritto di alienare, e vi è la causa abile a trasferire il dominio, §. 40. *Inst. h. t. l.* 20.

 pr-

dum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente. & cogitatione (hac) sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

pr. & *l.* 31. *pr. de adqu. rer. dom.* Laonde chi non è padrone, o chi non ha dritto di alienare, ancorchè fosse padrone, non può trasferire il dominio; e perciò il pupillo senza l'autorità del tutore non trasferisce il dominio colla tradizione, §. 2. *Inst. quib. alien. licet, vel non.* Parimente chiedesi la causa abile a trasferire il dominio, senza la quale questo non s'intende trasferito, poichè, mancando tal causa, manca la volontà di alienare nel padrone, come sarebbe, se si desse la cosa per causa di commodato, o deposito, *cit. l.* 31. Anzi nella compra, e vendita non basta questa causa, o sia titolo, ma perchè s'intenda trasferito il dominio, richiedesi, che il compratore *venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissione, aut pignore dato*, al dir di Triboniano §. 41. *Inst. h. t. l.* 19. *D. de contrah. empt.* Si può fare la tradizione non solamente alle persone certe, ma eziandio all'incerte, purchè indefinitamente sieno certe, come *jactus missilium*, di cui si fa menzione nel §. 45. *h. t.* (31), e seb-

(31) Soleano i Principi, in segno di pubblica leti-

sebbene il dottissimo Eineccio *Elem. Jur. Civ. h. t.*, e nelle note a Vinnio al *cit.* §. 45., lo riferisca piuttosto all' occupazione per la ragion, che *missilia sunt res pro derelictis habita*, e perciò *tanquam nullius cedunt occupanti*, come ei dice; nondimeno a noi sembra più plausibile la opinione di Vinnio, cioè, che *jactus missilium* debba riferirsi alla tradizione, poichè, come dottamente ei riflette, *in eum finem pecunia sparsa est, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fiat apprehendentis;* tanto vero, che colui, il quale *spargit missilia*, se sapesse, che niuno sarebbe per prendere quel denaro, o altro, che si sparge, certamente sarebbe di meno di spargerlo, e buttarlo; ma questo animo manca in colui, che ha la cosa per derelitta, non avendo

 egli

tizia, buttar danaro, o altro, come ne abbiamo gli esempj presso *Sveton. Aug. cap.* 98. *Calig. c.* 18. *Neron. c.* 11., ed eziandio i Magistrati, in occasione di trionfo, come ce ne attestano Triboniano nel *cit.* §. 45. gl' Imperadori Valentiniano, e Marciano nella *l.* 2. *C. de Consf.*, *& non spargendis ab his pecuniis*, *Lib. XII.* ove fu loro vietato, e Giustiniano nella *Nov.* 105. *c.* 2. *§.* 1., il quale loro lo permise con certo modo, sebbene poi l'uso de' Missilj fu all' intutto interdetto a' Consoli da Leone nella *Nov.* 94.

egli altro fine' che di disfarsene, poco curando; che altri la prenda (32).

DRIT-

(32) Prima di lasciar questo Tit. vogliam di passaggio cennare una quistione, che per rapporto alla tradizione dal chiarissimo Vinnio nel §. 40. *Inst. h. t.* si disamina; se per trasferire il dominio colla tradizione si richiegga, che la possessione sia *vacua*, o, ch'è l'istesso, se dandosi il possesso di una cosa da altrui detenuta, se ne trasferisca il dominio. Donello (dietro Accursio, Bartolo, Baldo) fu di sentimento, che si trasferisca il dominio, nè osti, che il possesso si ritrovi presso un terzo, ed in sostegno di tale opinione si allega il Testo di Trifonino nella *l. 16. D. de fundo dotali*. Vinnio, sebbene prima avesse opinato della istessa guisa, pure poi si ritrattò, e sostenne nel *cit.* §. che per trasferirsi il dominio si richiegga la tradizione della *vacua possessione*, dimostrando, che non osti il Testo di Trifonino. Le ragioni, che adduce su tale assunto, ci sembrano troppo sode, come potran leggersi presso lui.

DRITTO DEL REGNO.

Circa quel, che si è detto per dritto comune intorno alla divisione delle cose, ed a' modi di acquistare il dominio, bisogna notare tutto ciò, che riguarda il dritto odierno.

§. I.

Oggi sono fra le regalie i mari, che bagnano i Regni, ed i lidi, nè dee far meraviglia, perchè eziandio appo i Romani, allorchè fu assodato l' Impero Monarchico, gl'istessi Imperadori rivindicaronsi il dominio del mare, come diffusamente dimostra *Giac. Gotofr. ad l.* 12. *D. ad l. Rhod.* Nel secolo passato acerrimamente disputarono Grozio, e Seldeno sul dominio del mare, e ciascun di essi ebbe i suoi seguaci. Ma di questo punto parleremo a luogo più adatto.

§. II.

Le cose pubbliche sono eziandio fra le re-

regalie. Bensì Federigo I. *lib. II. Feud. tit. 56.* volle, che soltanto i fiumi navigabili, o quelli, da' quali si fanno navigabili, sieno regalie. Ma i rivi, ed i torrenti, se nascono, o scorrono ne' luoghi pubblici, pubbliche cose sono, e con ciò regalie; se poi ne' fondi de' privati, sono in proprietà di essi; e poichè l'alveo siegue la natura del fiume, quindi taluni vogliono, ch'esso pure debba annoverarsi fra le regalie, non altrimenti, che l'isola, siccome riferisce essersi deciso nella Camera Imperiale, Sistino *de regalib. lib. 2. c. 3.* Nel fiume pubblico può ognuno pescare, navigare, e prender acqua, anche per molini, ove il Re non ne abbia proibito l'uso, e non l'abbia conceduto altrui. Il perchè senza concessione, o legittima prescrizione non può il Barone vietarne l'uso in virtù della general clausola apposta nell'investitura. Nè in ciò si debbono ascoltare i Forensi nostri, che stimano Feudali le acque del Feudo, e per esse i molini. Ma di ciò parleremo distesamente negli Elementi del Dritto Feudale, e del Dritto pubblico.

§. III.

§. III.

Intorno a' Tesori poi abbiamo la Costituzione *pecuniam* di Guglielmo I. per la quale si ordina, che chi ritrova oro, argento, e cose simili, debba rivelarlo a' Giustizieri, o Bajuli per trasmettersi alla G. C., altrimenti sarà reo di furto, e che possono i padroni ricuperare tali cose solo fra un anno. Questa legge (che confermò Federigo II. nella Costituzione *mancipia*) propriamente sembra conceputa per le cose di recente perdute: ma fin da che fu emanata, a' Tesori ancora si adattò. E quindi Carlo I. nel Capo *praedicti Magistri procuratores* 34. determinò la maniera di trattarsi le quistioni de' Tesori. Guglielmo stesso nella Costituzione *Dohana* stabilì, che i Tesori in qualunque luogo ritrovati, ceduto avessero in benefizio del Fisco. Però Carlo II. nel Cap. *quia non decet* richiamò in uso la Costituzione di Adriano, ed abrogò il detto Cap. di Carlo I. Con tal legge viviamo: non essendovene già altra posteriore. Afflitto *decis.* 321. e quivi *Vrsillo*. Ma Tapia *Jur. Reg.* *IV.* 7. avverte, che benchè fosse abrogata la

Costituzione di Guglielmo, in pratica si debba denunziare al Fisco da chi si ritrova il Tesoro, perchè si presume ritrovato, o con arti prave, o nel fondo del Fisco.

§. IV.

Circa le cose dell' Università, bisogna sapere, che presso noi col nome di Università intendiamo l' unione di più famiglie, che formano Città, e paesi. Le cose dell' Università presso noi, o sono demaniali (1), o patrimoniali: il dominio di quelle è presso l'Università, l' uso è presso ciaschedun de' cittadini: di queste poi li dominio è presso dell'Università, ma l'uso non è presso de' cittadini, poichè le rendite di esse s'impiegano per utile pubblico, come sono le difese (2) l' uso delle quali è proibito a' cittadini, e suole concedersi ad essi, ed agli esteri per certa mercede, detta *fida*. Circa i fondi demaniali della Università deesi avvertire, che ciascun

(1) *Demanio* è vocabolo di origine francese introdotto presso noi da' Normanni, e dinotava *Dominio*.
(2) Voce nata dal Francese *defendre*, *proibire*.

ſcun cittadino debba ſervirſerne per lo proprio uſo, ſenza poterlo concedere altrui, per quanto richiede la natura del demanio e la conſuetudine del luogo (3), *Sanfel. dec.* 7. E ſiccome i Baroni ſono anche annoverati fra' cittadini, così anch' eſsi poſſono ſervirſi de' demanj delle Univerſità, però *moderate*, *ut ſuis ſatisfaciant commoditatibus*, *& vaſſalli a paſcuis & cultura non arceantur*, giuſta il preſcritto di Carlo V. nella *pramm.* 12. *de Baron.* Quale però debba eſſere l' uſo de' Baroni, non convengono i noſtri DD. Capibianco ſulla *cit. pram.* ſtima, che poſſa il Barone ſervirſi del demanio, come due de' cittadini più ricchi: altri però penſano più ragionatamente, che 'l Barone debba ſervirſi, come uno de' cittadini più ricchi. Vedi Rovito nella citata prammatica, e de Luca a de Franchis *deciſ.* 197. Se però il Barone non abbia animali, non debba concedere ad altri l' uſo a lui ſpettante, poichè l' uſo ſi circoſcrive dalla

ſola

(3) Se però l' eſtenſione de' demanj ſia ſuperiore all' uſo de' Cittadini, può l' Univerſità vendere, o locare agli eſteri il ſoverchio. V. de Luca a de Franch. *dec.* 489. *n.* 5.

§. XVII.

Dopo aver parlato dell'acceſſione *naturale*, e della *induſtriale*, rimane a far parola della *miſta*, quando, e per benefizio della natura, e per induſtria degli uomini ſi fa qualche incremento alla noſtra roba. Tre ſono le ſpezie di queſt' acceſſione: *plantatio*, *ſatio*, *& fructuum perceptio*. E riſpetto alla prima, gli alberi piantati nel ſuolo cedono al ſuolo, purchè vi aveſſero gittate le radici, altrimenti potrannoſi dal padrone vindicare, §. 31. *Inſt. h. t.* Imperocchè per dritto Romano il dominio dell'albero fu eſtimato dalle radici; *nam credibile eſt alio terræ alimento aliam factam*, al dir di Paolo nella *l. 26. §. 2. de adqu. rer. dom.* (24). Quindi

ma in queſto caſo ſpetta all'arbitrio del Giudice deſtinare, *quale cujuſque frumentum fuerit*, al dir di Triboniano nel *cit.* §. 28. cioè *ut amplius ferat is, cujus frumentum pretioſius fuit, vel ex acervo, vel certa pecuniæ adjudicatione, ut ſic omni ex parte utrique ſatisfiat*, come commenta Vinnio nel *cit.* §., per argomento della *l. 4. de rei vind.*, e del §. 5. *Inſt. de Off. Jud.*

(24) Queſta ragione di Paolo ricavata dall'intimo della Filoſofia, e forſe da' principj della Filoſofia Epicurea, viene illuſtrata da Ubero *digreſſ.* IV. 24.

di l'albero posto nel confine (25) è di quello, nel cui fondo ha gittate interamente le radici, ma se le avesse gittate nel fondo dell'uno, e dell'altro vicino, è comune *pro regione cujusque prædii*, al dir di Marciano nella *l. 8. de adqu. rer. dom.* §. 31. *Inst. h. t.*, *l. 7.* §. *ult. de adqu. rer. dom. l. 19. D. com. div.* Però il Padrone dell'albero piantato, e radicato nell'altrui suolo, ha l'azione *utile* per essere indennizzato del valore dell'albero, *l. 5.* §. 3. *D. de rei vind.* Rispetto alla semina, dice Triboniano nel §. 32. *Inst. h. t.*, *quâ ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur*. Ma il possessore di *buona fede* col ritenere il fondo, e coll'eccezione del dolo, può farsi soddisfare delle spese della semina, e del prezzo de' frumenti seminati, *cit.* §. 32.

§.XVIII.

(25) *Confinium* era lo spazio di cinque piedi, che in virtù della L. delle XII. Tavole dovea lasciarsi fra' terreni contermini. Gravina *de jur. nat.*, *&* *Gent. c.* XXXVIII.

§. XVIII.

L' ultima spezie dell' accessione *mista è la percezione de' frutti*. Chi possiede *l' altrui roba con buona fede non interrotta, e con giusto titolo, si ha in luogo di padrone, e fa suoi i frutti, che ne percepisce, l. 23. pr. l. 48. §. 1. D. de adqu. rer. dom.* Dicesi possedere con *BUONA FEDE, qui ignorat rem alienam esse, putatque eum, a quo caussam habet, tanquam dominum, procuratorem, vel tutorem jus alienandi habuisse*, al dir di Modestino nella *l.* 109. *de V. S.* Con *GIUSTO TITOLO, chi possiede per causa abile a trasferire il dominio* (§. III.). Il *possedere* poi non s' intende il detener la cosa semplicemente, ma il detenerla *animo domini*, il quale possesso dicesi strettamente CIVILE, e si oppone al possesso NATURALE, *l. 1. §. 9. D. de vi, & vi arm. l. 38. §. 7. D. de V. S.* I frutti, o sono NATURALI, i quali dalla stessa cosa *natura proveniunt*, come sarebbero nel fondo le biade, l' uva, il fieno, le ghiande; ne' bestia-

ſtiami il latte, la lana, il feto (26) §. 37. *Inſt. h. t. l.* 28. *D. de uſur.*; o CIVILI, i quali *jure percipiuntur*, cioè non dalla coſa, ma *occaſione rei*, *l.* 62. *de rei vind.* come le penſioni, le uſure. In oltre i frutti naturali, o ſono tali, che *ſponte ſua proveniunt*, giuſta la fraſe di Virgilio *Georg. I. v.* 11. o pure *diligentia*, *&* *opera noſtra proveniunt*, al dir di Paolo nella *l.* 48. *de adqu. rer. dom.*, cioè provengono dalla natura colla induſtria, ed opera dell'uomo, come il frumento, il vino, i quali propriamente diconſi *induſtriali*; ſi ſuddividono *in pendentes*; i quali non ancora ſono ſeparati dal corpo, *&* *tanquam pars fundi videntur*, *l.* 4. *de rei vind.*; *perceptos*, i quali ſon già ſeparati, *l.* 25. §. 1.

(26) Dice Triboniano nel §. 37. *h. t.* *In pecudum fructu etiam fœtus eſt* .... *partus vero ancillæ in fructu non eſt*; ne adduce per ragione, *abſurdum enim videbatur hominem in fructu eſſe*, *quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit:* le quali parole ſono traſcritte da Cajo nella *l.* 28. §. 1. *de uſur.* Vinnio nel *cit.* §. 37. non approva ſiffatta ragione. Cicerone *1. de fin. c.* 6. fa ſaperci eſſere ſtata antica quiſtione, *an partus ancillæ ſit in fructu*, e che P. Scevola, e M. Manilio foſſero ſtati della opinione affermativa; Bruto poi della negativa, la quale ebbe luogo, come ce ne fa teſtimonianza Ulp. nella *l.* 68. *de uſufr.*

in fin. D. de usur. ; *& percipiendos* , *qui separari potuissent* , *sed in corpore perierunt* , al dir di Einecc. *Pand. lib. XXII. tit.* 1. §. 87. Di nuovo i *percepti* , o sono *extantes* , i quali si trovano ancora *in bonis* del possessore , *l.* 22. *C. de rei vind.* , o *consumpti* , i quali non sono presso di chi li percepì , o perchè abbiaseli consumati , o perchè abbiali trasferiti in altri , *l.* 22. §. 2. *D. de pign. act.* Se dunque la buona fede, e 'l giusto titolo fanno sì , che il possessore *sit loco domini* (27) , siegue , che costui colla percezione acquisti i frutti , tostochè sieno separati

dal

(27) Han dissentito gli autori nell' addurre la ragione , o sia causa di questo modo di acquistare : alcuni con Vinnio stimarono essere la buona fede ; altri la *cultura* , e *cura* , poggiati alle parole di Triboniano nel *cit.* §. 35. , *naturali ratione placuit* , *fructus* , *quos percipit* , *ejus esse pro cultura* , *& cura* ; onde questi diedero al possessore di buona fede i soli frutti industriali: quegli i naturali ancora . Eineccio nelle note a Vinnio concilia le addotte opinioni nella seguente maniera . La causa prossima , dic' egli , è la cultura , e cura , cioè *qualiscumque cura rei impensa* , poichè, giusta l' insegnamento di Gerardo Noodt *prob.* 11. 7. , *cultura* , *& cura*, in questo luogo sono sinonimi . Ma la causa rimota è la buona fede . Quindi , sebbene sì il possessore di buona fede , che quello di mala fede avessero la stessa cura della cosa , pure questi non acquista i frutti , *quia ipsi nec color* , *nec jus colendi fuit* . In oltre il possessore di buona fede dee lucrare anche i frutti naturali , poichè non vi è cosa , che non esiga , se non la coltura , almeno la cura . Così il prelodato chiarissimo autore .

dal ſuolo, o dall' albero, *l.* 48. *pr. D. de adq. rer. dom.* (a differenza del vero padrone, al quale ſenza la neceſſità di percepirgli, e ſepararli dal ſuolo, i frutti ſi appartengono), o che ſieno induſtriali, o che ſieno naturali, come chiaramente ſcriſſe Paolo nella *cit. l.* 48. *pr.* adducendo la cennata ragione, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt*. Dice il Giureconſulto (28) *loco domini pene eſt*, ma non aſſolutamente padrone, poichè ſopravvenendo il vero padrone, quantunque il poſſeſſor di buona fede non foſſe tenuto a reſtituire i frutti conſumati, *etiamſi factus ſit locupletior*, §. 35. *Inſt. h. t. l.* 4. §. 2. *D. finium regund.*, dee però reſtituire gli eſtanti, *l.* 22. *C. de rei vind.* E queſto volle dire il Giureconſulto Paolo nella *l.* 48. *de adqu. rer. dom.*, *percipiendo fructus ſuos interim facit*, cioè fino a che ſopravvenga il vero padrone (29).

 Per

(28) A queſto Teſto di Paolo apertamente ſi oppone quello di Pomp. nella *l.* 45. *de uſur.*, la quale antinomia ha meſſa a tortura la mente degl' Interpetri, i quali han diverſamente opinato; leggaſi però la più ſana conciliazione preſſo Eineccio nelle note a Vinnio.

(29) Onde diſſe elegantemente Cujacio ad *Afric. tract.* 7. nella *l.* 40. *de adqu. rer. dom.*, *fructuum adquiſitionem perceptio ſtatim inchoat, conſumptio conſumat.*

Per l'opposto il possessore di mala fede dee restituire i frutti *perceptos*, & *percipiendos*, *l.* 33. *l.* 62. §. 1. *D. de rei vind.* §. 35. *Inst. h. t.*, dedotte però le necessarie spese, poichè, al dir di Ulpiano nella *l.* 7. *D. soluto matrim.*, *fructus eos esse constat, qui deducta impensa, supererant.*

§. XIX.

L'ultimo modo di acquistare il dominio per dritto delle genti è la *tradizione*, o sia *la dazione del possesso*, come la definisce Cujacio 11. *obs.* 19. Essa riguarda le cose corporali soltanto, poichè le cose incorporali *non traduntur*, come meglio spiegheremo a suo luogo. La tradizione, o è finta, o è vera. La vera è *il fisico, e reale trasferimento della cosa, per quanto comporta la natura della cosa istessa*. S'è mobile, si fa da mano a mano, *l.* 8. *D. de pecul.*; s'è stabile, si fa con indurre la persona nel predio, *l.* 3. §. 1. *de adqu. poss.* (30). La finta, quando fingesi

(30) Ove dice il Giureconsulto Paolo, *quod autem diximus, & corpore, & animo adquirere nos debere possessionem, non ubique ita accipiendum est, ut qui fundum*

gesi interposta la tradizione, la quale realmente non intervenne, come, se fingasi dare la cosa, che da quello, cui si vuol dare, già per altra causa si possiede, §. 43. *Inst. h. t.*, onde dicesi fatta *brevi manu*, *l.* 43. §. 1. *de jur. dot.* Vedi Altaserra *de fict. jur. tract.* 3., *e* 5. Similmente è fittizia quella, che si fa con qualche segno, che dimostra possesso in quel tal genere di cosa; p. e., la tradizione delle chiavi del granajo dinota il possesso del granajo medesimo, §. 45. *Inst. h. t.* ed altri esempj, che potransi leggere presso il citato Altaserra, *ibid. c.* 4. la quale tradizione chiamasi *Simbolica*. Altra spezie di tradizione finta è quella, che leggesi nella *l.* 18. §. 2. *de adqu. poss.*, cioè quando la cosa, di cui si vuol dare il possesso, dimostrasi *e longinquo*, la quale dicesi *longa manu fatta*, *l.* 79. *D. de solut.* Allora però la tradizione trasferisce il dominio, quando il tradente è padrone, ed ha il dritto di alienare, e vi è la causa abile a trasferire il dominio, §. 40. *Inst. h. t. l.* 20.

 pr.

dum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente, & cogitatione (hac) sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

pr. & l. 31. *pr. de adqu. rer. dom.* Laonde chi non è padrone, o chi non ha dritto di alienare, ancorchè fosse padrone, non può trasferire il dominio; e perciò il pupillo senza l'autorità del tutore non trasferisce il dominio colla tradizione, §. 2. *Inst. quib. alien. licet, vel non.* Parimente chiedesi la causa abile a trasferire il dominio, senza la quale questo non s'intende trasferito, poichè, mancando tal causa, manca la volontà di alienare nel padrone, come sarebbe, se si desse la cosa per causa di commodato, o deposito, *cit. l.* 31. Anzi nella compra, e vendita non basta questa causa, o sia titolo, ma perchè s'intenda trasferito il dominio, richiedesi, che il compratore *venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissione, aut pignore dato*, al dir di Triboniano §. 41. *Inst. h. t. l.* 19. *D. de contrah. empt.* Si può fare la tradizione non solamente alle persone certe, ma eziandio all'incerte, purchè indefinitamente sieno certe, come *jactus missilium*, di cui si fa menzione nel §. 45. *h. t.* (31), e sebbene

(31) Solеano i Principi, in segno di pubblica leti-

sebbene il dottissimo Eineccio *Elem. Jur. Civ. h. t.*, e nelle note a Vinnio al *cit.* §. 45., lo riferisca piuttosto all' occupazione. per la ragion, che *missilia sunt res pro derelictis habita*, e perciò *tanquam nullius cedunt occupanti*, come ei dice; nondimeno a noi sembra più plausibile la opinione di Vinnio, cioè, che *jactus missilium* debba riferirsi alla tradizione, poichè, come dottamente ei riflette, *in eum finem pecunia sparsa est, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fiat apprehendentis*; tanto vero, che colui, il quale *spargit missilia*, se sapesse, che niuno sarebbe per prendere quel denaro, o altro, che si sparge, certamente farebbe di meno di spargerlo, e buttarlo; ma questo animo manca in colui, che ha la cosa per derelitta, non avendo

 egli

tizia, buttar danaro, o altro, come ne abbiamo gli esempj presso *Sveton. Aug. cap.* 98. *Calig. c.* 18. *Neron. c.* 11., ed eziandio i Magistrati, in occasione di trionfo, come ce ne attestano Triboniano nel *cit.* §. 45. gl' Imperadori Valentiniano, e Marciano nella *l.* 2. *C. de Conf., & non spargendis ab his pecuniis, Lib. XII.* ove fu loro vietato, e Giustiniano nella *Nov.* 105. *c.* 2. §. 1., il quale loro lo permise con certo modo, sebbene poi l'uso de' Missilj fu all' intutto interdetto a' Consoli da Leone nella *Nov.* 94.

egli altro fine' che di disfarsene, poco curando; che altri la prenda (32).

DRIT-

(32) Prima di lasciar questo Tit. vogliam di passaggio cennare una quistione, che per rapporto alla tradizione dal chiarissimo Vinnio nel §. 40. *Inst. h. t.* si disamina; se per trasferire il dominio colla tradizione si richiegga, che la possessione sia *vacua*, o, ch'è l'istesso, se dandosi il possesso di una cosa da altrui detenuta, se ne trasferisca il dominio. Donello (dietro Accursio, Bartolo, Baldo) fu di sentimento, che si trasferisca il dominio, nè osti, che il possesso si ritrovi presso un terzo, ed in sostegno di tale opinione si allega il Testo di Trifonino nella *l.* 16. *D. de fundo dotali*. Vinnio, sebbene prima avesse opinato della stessa guisa, pure poi si ritrattò, e sostenne nel *cit.* §. che per trasferirsi il dominio si richiegga la tradizione della *vacua possessione*, dimostrando, che non osti il Testo di Trifonino. Le ragioni, che adduce su tale assunto, ci sembrano troppo sode, come potran leggersi presso lui.

DRITTO DEL REGNO.

Circa quel, che si è detto per dritto comune intorno alla divisione delle cose, ed a' modi di acquistare il dominio, bisogna notare tutto ciò, che riguarda il dritto odierno.

§. I.

Oggi sono fra le regalie i mari, che bagnano i Regni, ed i lidi, nè dee far meraviglia, perchè eziandio appo i Romani, allorchè fu assodato l' Impero Monarchico, gl'istessi Imperadori rivindicaronsi il dominio del mare, come diffusamente dimostra *Giac. Gotofr. ad l.* 12. *D. ad l. Rhod.* Nel secolo passato acerrimamente disputarono Grozio, e Seldeno sul dominio del mare, e ciascun di essi ebbe i suoi seguaci. Ma di questo punto parleremo a luogo più adatto.

§. II.

Le cose pubbliche sono eziandio fra le re-

regalie. Bensì Federigo I. *lib. II. Feud. tit. 56.* volle, che soltanto i fiumi navigabili, o quelli, da' quali si fanno navigabili, sieno regalie. Ma i rivi, ed i torrenti, se nascono, o scorrono ne' luoghi pubblici, pubbliche cose sono, e con ciò regalie; se poi ne' fondi de' privati, sono in proprietà di essi; e poichè l' alveo siegue la natura del fiume, quindi taluni vogliono, ch'esso pure debba annoverarsi fra le regalie, non altrimenti, che l' isola, siccome riferisce essersi deciso nella Camera Imperiale, Sistino *de regalib. lib.* 2. *c.* 3. Nel fiume pubblico può ognuno pescare, navigare, e prender acqua, anche per molini, ove il Re non ne abbia proibito l' uso, e non l' abbia conceduto altrui. Il perchè senza concessione, o legittima prescrizione non può il Barone vietarne l' uso in virtù della general clausola apposta nell' investitura. Nè in ciò si debbono ascoltare i Forensi nostri, che stimano Feudali le acque del Feudo, e per esse i molini. Ma di ciò parleremo distesamente negli Elementi del Dritto Feudale, e del Dritto pubblico.

§. III.

§. III.

Intorno a' Tesori poi abbiamo la Costituzione *pecuniam* di Guglielmo I. per la quale si ordina, che chi ritrova oro, argento, e cose simili, debba rivelarlo a' Giustizieri, o Bajuli per trasmettersi alla G. C., altrimenti sarà reo di furto, e che possono i padroni ricuperare tali cose solo fra un anno. Questa legge (che confermò Federigo II. nella Costituzione *mancipia*) propriamente sembra concepùta per le cose di recente perdute: ma fin da che fu emanata, a' Tesori ancora si adattò. E quindi Carlo I. nel Capo *prædicti Magistri procuratores* 34. determinò la maniera di trattarsi le quistioni de' Tesori. Guglielmo stesso nella Costituzione *Dohana* stabilì, che i Tesori in qualunque luogo ritrovati, ceduto avessero in benefizio del Fisco. Però Carlo II. nel Cap. *quia non decet* richiamò in uso la Costituzione di Adriano, ed abrogò il detto Cap. di Carlo I. Con tal legge viviamo: non essendovene già altra posteriore. Afflitto *decis.* 321. e quivi *Ursillo*. Ma Tapia *Jur. Reg.* *IV.* 7. avverte, che benchè fosse abrogata la

Costituzione di Guglielmo, in pratica si debba denunziare al Fisco da chi si ritrova il Tesoro, perchè si presume ritrovato, o con arti prave, o nel fondo del Fisco.

§. IV.

Circa le cose dell' Università, bisogna sapere, che presso noi col nome di Università intendiamo l' unione di più famiglie, che formano Città, e paesi. Le cose dell' Università presso noi, o sono demaniali (1), o patrimoniali: il dominio di quelle è presso l'Università, l' uso è presso ciaschedun de' cittadini: di queste poi li dominio è presso dell'Università, ma l'uso non è presso de' cittadini, poichè le rendite di esse s'impiegano per utile pubblico, come sono le difese (2) l' uso delle quali è proibito a' cittadini, e suole concedersi ad essi, ed agli esteri per certa mercede, detta *fida*. Circa i fondi demaniali della Università deesi avvertire, che ciascun

(1) *Demanio* è vocabolo di origine francese introdotto presso noi da' Normanni, e dinotava *Dominio*.
(2) Voce nata dal Francese *defendre*, *proibire*.

ſcun cittadino debba ſervirſerne per lo proprio uſo, ſenza poterlo concedere altrui, per quanto richiede la natura del demanio e la conſuetudine del luogo (3), *Sanfel. dec.* 7. E ſiccome i Baroni ſono anche annoverati fra' cittadini, così anch'eſsi poſſono ſervirſi de' demanj delle Univerſità, però *moderate, ut ſuis ſatisfaciant commoditatibus, & vaſſalli à paſcuis & cultura non arceantur*, giuſta il preſcritto di Carlo V. nella *pramm.* 12. *de Baron.* Quale però debba eſſere l'uſo de' Baroni, non convengono i noſtri DD. Capibianco ſulla *cit. pram.* ſtima, che poſſa il Barone ſervirſi del demanio, come due de' cittadini più ricchi: altri però penſano più ragionatamente, che 'l Barone debba ſervirſi, come uno de' cittadini più ricchi. Vedi Rovito nella citata prammatica, e de Luca a de Franchis *deciſ.* 197. Se però il Barone non abbia animali, non debba concedere ad altri l' uſo a lui ſpettante, poichè l'uſo ſi circoſcrive dalla ſola

(3) Se però l' eſtenſione de' demanj ſia ſuperiore all' uſo de' Cittadini, può l'Univerſità vendere, o locare agli eſteri il ſoverchio. V. de Luca a de Franch. *dec.* 489. *n.* 5.

sola persona, *l.* 8. *D. de usu, & habit.*, che che ne dica in opposto Capibianco *l. cit.* Anche i Baroni sogliono avere i demanj, perchè conceduti loro in feudo, e diconsi demanj *Feudali*, o *Baronali*, e parimente i Cittadini ne han l'uso, come apertamente dispose Ferdinando I. d'Aragona nella *pramm.* 1. *de Salario*. Nel dubbio si dee presumere il demanio dell'Università, ch'è più favorita. Nè i Baroni possono pretendere essere il demanio feudale, se non ne dimostrano la concessione coll'investitura, o l'acquisto colla centenaria prescrizione, *Covarruv. pract. qu. c.* 37. Or dunque i cittadini hanno il dritto di *pascere*, *legnare*, *acquare* ne' demanj de' Baroni, ma per quanto esige il loro uso, siccome porta deciso *De Ponte de potest. proreg. tit. de elect. Official.* Perciò non possono essi concederlo ad altri; sebbene i Baroni possono locare, o vendere ciò, che sopravanza dall'uso de' Cittadini. Vedi Rovito nella *cit. pramm.* 1., e de Luca a de Franchis *decis.* 489. *n.* 5.

§. V.

§. V.

Sovente fra le Università finittime evvi la comunione de' demanj, o sia la *promiscuità di pascere*, *acquare*, *legnare*, giusta la legge del contratto. E poichè questa contiene una spezie di alienazione, perciò vien vietata sì a' Baroni ne' beni feudali, che alle Università ne' beni della medesima, senza l' assenso del Principe, *cap. pondus aquum*; bensì la prescrizione immemorabile fa presumere l' assenso. Per quel, che riguarda le *difese* si noti, che nè l' Università, nè i Baroni possono far difese de' demanj, senza il consenso di ciascuno, che ci ha dritto, *De Franchis dec. 2. e 97.* Anzi se de' demanj delle Università si vogliono costituire *difese* al Barone, pel timore della prepotenza, richiedesi l' assenso Regio, *pramm. II. de Baron.* La mercede, che pagasi per pascere nelle difese, dicesi *fida*; *diffida* poi dicesi la pena, che si paga da coloro, i quali introducono gli animali nelle dette difese, o de' Baroni, o delle Università, senza prima fidarli. In forza della *pramm. 12. de offic. Bajuli*

juli la pena non dee eccedere il danno, purchè questo non s' inferisca *data opera*, nel qual caso può la *diffida* eccedere il danno, al dir di Rovito nella *pramm.* 1. *cit. tit.*

PA-

PARALLELO COL DRITTO DI NATURA, E DELLE GENTI.

§. I.

PEr bene intendere ciocchè sarem per dire intorno al dominio delle cose, fa mestieri premettere tre definizioni di voci, e frasi usitate in questa materia. I. Le cose, delle quali ognuno ha dritto innato di usare, e niuno ha dritto di escludere altrui dall' uso di esse, diconsi in *comunione universale*, o come altri dicono in *comunione negativa*. Tal' è tuttavia l' aria, il mare aperto, e l' acqua *profluente*, che i Giureconsulti Romani dissero *res communes*. II. Se il dritto di servirsi di qualche cosa conviene ad una sola porzione di uomini, cioè, che questi hanno il dritto di escludere tutti gli altri dall' uso; quella tal cosa dicesi essere in *comunione particolare*, o come altri dicono, *in comunione positiva*. Così sono le cose *pubbliche*, e le cose delle *Università* presso i Romani Giureconsulti. Finalmente se il dritto di servirsi di una tal cosa, e di respingere ogni altro dall'uso di essa, conven-

ga ad una sola persona, chiamasi *proprietà*, *dominio* (1).

§. II.

Avendo Iddio creati gli uomini, ha voluta la di loro esistenza, e perciò tutt' i mezzi a tal fine necessarj; ha voluto egli dunque, che gli uomini si servissero di tutto quello, ch' è necessario per la di loro sussistenza, e tutto quel, che può conferire alla di loro conservazione, e felicità, cioè al minimo de' mali. Ecco perchè gli uomini furono creati col dritto di servirsi di tutto il bisognevole, per la di loro esistenza, e felicità. Ecco perchè le cose di questa terra ci furo-

(1) Il chiarissimo Eineccio *Jur. nat.*, & *Gent. lib.* 1. *c.* 9. §. 131. dottamente dimostra, che il dominio consiste nella sola facoltà di escludere altrui dall' uso della cosa, e che tutti gli altri effetti del dominio, che soglionsi da' Giureconsulti esprimere nella definizione, non costituiscono la natura, ed essenza dello stesso; talmente che possonsi separare dal dominio, e può questo sussistere, anche senza uno di quegli effetti. Così il proprietario, dopo aver ad altri alienato l'usufrutto della sua roba, rimane padrone, tuttochè non avesse quella facoltà, *omnem ex re utilitatem percipiendi*. I pupilli non hanno quella facoltà *libere de re disponendi*, e nondimeno sono padroni..

furono da Dio poste nella comunione negativa (2). Cresciuto poi il genere umano, dispersi gli uomini pel Mondo, e distint' in innumerabili Famiglie, non essendo sufficienti tutte le cose a tutti, fu necessità di lasciare quella *comunione negativa*, ed introdurre i dominj (3), rimanendo

(2) Così dalle sacre Carte ci vien descritta la primiera condizione degli uomini. *Genes. I. 29.* Questo è quel secolo d'oro tanto commendatoci da' Poeti, quando al dir di Virg. *Georg. I. v. 125.*

Nulli subigebant arva coloni,
Nec signare quidem, aut partiri limine campum
Fas erat: in medium quaerebant: ipsaque tellus,
Omnia liberius nullo poscente ferebat.

Perciò questa comunione dicesi anche *primitiva*, perchè la terra fu risperto a' primi uomini quel, ch'è oggi l'aria, Δημητηρ, Madre comune. V. Platone nel Cratilo. Ragionevolmente dunque disse *Cicer. lib. 1. de Off. c. 7.* *sunt privata nulla natura, sed aut veteri occupatione, aut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, lege &c.* Non altrimenti S. Ambrogio *lib. 1. de Off. c. 18.*, *natura omnia omnibus in communi profundit: sic enim Deus generari jussit omnia, ut pastus omnibus communis esset, & terra foret quadam possessio communis. Natura igitur jus commune fecit, usurpatio jus fecit privatum.*

(3) Molto si brigarono Grozio *de J. B.*, *& P.* e *Puffendorf. lib. IV. c. 2.* a dimostrare per quali cause gli uomini si appartarono dalla primiera comunione. Bastava dire, che gli uomini per dritto *permissivo* appartaronsi da quella comunione, allorchè per la moltiplicazione del genere umano, e per la depravazione de' costumi, si avvidero, che non era conducente alla conservazione, e felicità della vita.

do ſoltanto in tale *primitiva comunione* le coſe *d' ineſauſto uſo*, e quelle poco, o niente appartenenti alla conſervazione, e tranquillità della vita (4).

§. III.

Dacchè gli uomini laſciarono la *comunione negativa*, ed introduſſero i dominj, paſſarono le coſe, o nella *comunion poſitiva*, o nella *proprietà* di un ſolo. Poichè dunque è ſtato lecito all'uomo di dipartirſi dalla primitiva comunione, e di aſcriverſi alcune coſe in proprietà, vi debbono di neceſſità eſſere delle giuſte maniere, per cui potea ciò farſi, e ſi può ancora. Seguendo noi il chiariſſimo Grozio, diſtinguiamo i modi di acquiſtare il dominio, in *originarj*, *e derivativi*; poichè o conſideriamo la coſa nel dominio

(4) Queſte coſe d' ineſauſto uſo furon dette da'Giureconſulti *communes: quæ primum a natura prodita ſunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt*, al dir di Nerazio nella *l. 14. pr. D. de adqu. rer. dom.* Rimaſero nella *comunione negativa*, perchè ſoprabbondanti. Come altresì reſtarono altre coſe, o nocevoli, o almeno niente utili al genere umano, come le moſche, i topi, i ſerpi, ec.

minio di niuno, o già costituito nell'altrui dominio: nel primo caso, o acquistiamo la cosa principale, e dicesi *occupatio*, o l'incremento, che si fa alla nostra cosa, e dicesi *accessio*, che sono i modi *originarj*; nel secondo caso, o la cosa è in comunione di più, e se ne acquista il dominio per mezzo della *divisione*, e *cessione*; o in *proprietà* di un solo, e se ne conseguisce il dominio per la *tradizione*, che sono i *modi derivativi*.

§. IV.

L' *occupazione* è il primo, e più antico modo nascente, come si è detto, dall' innato dritto di servirci, e godere di quanto è quaggiù in terra necessario alla vita, e felicità nostra. Ma affinchè l'occupazione sia legittima, richieggonsi principalmente due condizioni. I. Che la cosa si occupi col corpo, e coll'animo, cioè colla corporale, e fisica *appreensione*, e coll' animo di ritenerla, e di escluderne altrui dall' uso. II. Che la cosa sia di niuno, non potendosi torre altrui i suoi dritti; sarebbe la mutua

guerra di Obbes (5). La cosa è di niuno, se non sia stata da veruno occupata, o se essendo stata una volta occupata, gli Occupatori se ne fossero volontariamente disfatti, che i Giureconsulti chiamano, *res pro derelicta habita*. Quindi è, che la caccia, l'uccellare, il pescare, sono de' modi *primitivi* di occupazione, nascenti dal dritto universale, e perciò leciti, e giusti, purchè da' popoli non si fossero tai dritti assegnati, e ceduti a somm' imperanti (6).

§. V.

(5) La sola eccezione, che si può fare, è, se altri trovasi in grandissima necessità, e pericolo. Poichè allora, ritornando la primitiva comunione, è sempre lecito occupar tanto dall'altrui, che gli soverchia, quanto sia necessario a non perire.

(6) Imperocchè allora quando il popolo *per universitatem* occupò la provincia, occupò eziandio tutto quel, ch'eravi compreso, e perciò anche le fiere. Or se queste son del popolo, poteva il popolo medesimo cederle a' Principi, siccome ragiona *Einecc. a Grozio l. II. c.* 8. § 5 Così praticarono principalmente i popoli della Germania, come ce lo attesta Grozio *l. cit.*, le cui parole sono notabili: *Germaniæ populi, quum Principibus, ac Regibus bona quædam essent designanda, unde dignitatem suam sustinerent, sapienter existimarunt ab illis rebus incipiendum, quæ sine damno cujusquam tribui possunt, cujusmodi sunt res omnes, quæ in dominium nullius pervenerunt. Quo jure usos, & Ægyptios video. Nam & ibi Regum Procurator, quem ἴδιον λόγον vocabant, vindicabat res ejus generis*. Leggasi quanto sull'enunciate parole, riflette Eineccio *Jur. Nat. & Gent. lib. II. c. 8. §. 175.*

Qui

§. V.

Coll' *occupazione bellica*, dicono i Giureconſulti, che le coſe, e le perſone de' nemici, preſe in guerra *jure Gentium capientium fiunt*, *l. 1. de adqu. vel amitt. poſſ.* Ma poichè non ſi può dare giuſta occupazione, ſe non ſe nelle coſe *nullius*; e le coſe de' nemici non ſi poſſono dire *nullius*, ſe non ſe, per finzione (7), le per-

Qui avrebbe rapporto la gran quiſtione agitata fra i più dotti, ſe il mare foſſe occupabile, e poteſſe eſſere in dominio. Il chiariſſimo Grozio ne ſcriſſe un ſingolar trattato *mare liberum*, e ſoſtenne la ſentenza negativa, alla quale ſi appigliarono altri dottiſſimi uomini, e furono B. Ubero, Binkerſ. Seldeno, nel ſuo trattato *mare clauſum* ſoſtenne il contrario, cioè che il mare foſſe occupabile, e poteſſe eſſere in proprietà, e dominio, ed egli anche ebbe i ſuoi ſeguaci di non inferior valore. Noi non entriamo a decidere una quiſtione, che ha patriti eguali, e che per l' una, e per l' altra parte ha argomenti di egual peſo, molto più, come riflette un moderno autore, è queſta una quiſtione, che ſuol deciderſi più toſto colla forza, e coll'armi, che cogli argomenti, e ragioni.

(7) Pufendorf. *de j. N. & G. c. 6. §. 14.* così ſpiega queſta finzione; *in bello res hoſtium, in ordine ad alium hoſtem, redduntur veluti dominio vacua: non quod hoſtes per bellum ipſo jure rerum ſuarum domini eſſe deſinant, ſed quia illorum dominium non obſtat hoſti, quominus eas res auferre, ſibique habere poſſit.* Ma ſe le coſe oſtili *redduntur veluti dominio vacua*, niuno avreb- be

persone libere poi nemmeno per finzione si possono dir tali, siegue, che l'occupazione bellica non possa riferirsi a' modi originarj di acquistare, in guisa che la di lei giustizia dipendesse dal principio, *res nullius cedunt occupanti;* ma debba ripetersi dal dritto di guerra, val quanto dire, che le occupazioni belliche, e le conquiste saran giuste, se la guerra sia giusta, cioè fondata su quelle tre cause, che giustificano la guerra, DIFESA, RICUPERAZIONE DEL NOSTRO, e PUNIZIONE DELLE OFFESE. Se dunque a sostenere questi tre dritti sia necessario occupar l'altrui, l'occupazione bellica sarà approvata dalla legge naturale; ma dove le conquiste oltrepassano questi dritti, e servono all' avidità, ed all'ambizione, non sono che latrocinj, e prede inique.

§. VI.

be il dritto di escluderne altri dall'uso: all'incontro il nemico ha sempre il dritto di escludere il nemico dall' uso delle cose, e per serbar queste, può contendere per quanto avrà forza; dunque non si possono dire, *dominio vacua*. E perciò il nemico perde le sue robe conquistate dall'altro nemico, non perchè gli manca il dritto di escludere il conquistatore, ma perchè vien destituto dalla forza necessaria a reprimere il nemico. Così ragiona Einecc. contra il lodato Pufend. *J. N. & G. lib.* 1. *c.* 9. §. 247.

§. VI.

Alla giuſtà occupazione dee anche riferirſi la invenzione de' Teſori. Queſti *tanquam res nullius* cedono agl' Inventori. Deeſi però eziandio aver mira al padrone del fondo, cui ſpetta il dritto di percepire quali ſi vogliano frutti dal ſuo luogo; onde dobbiam dire, che la Coſtituzione di Adriano venne fondata ſulle regole della natural' equità, coll' aver data del teſoro caſualmente ritrovato la metà all' Inventore, e la metà al Padrone. Purchè però tali coſe al ſommo Imperante non ſianſi riſerbate, per la ragione eſpoſta (8) nel §. IV. Su di che Grozio *de J. B.*, *&* *P. Lib. II. c.* 8. §. 7. allega i coſtumi di molte Nazioni.

§. VII.

(8) Alla quale aggiungeſi quella, che può il popolo con patti, o colle LL. Civili reſtringere il Dritto Naturale *permiſſivo*.

§. VII.

Passiamo all' *accessione*, che distinguiamo in *naturale*, *industriale*, *e mista*. Per le accessioni naturali la regola, che il dritto di natura ci detta, è questa: *se elleno non han padrone alcuno, o non ne hanno tale da si poter conoscere, si debbono ricevere, come doni della provvidenza, ed essergliene grati*: perchè essendo lecita la occupazione di ciocchè non è in dominio di alcuno, ed essendo noi primi occupanti di siffatti doni della fortuna, chi può contrastarcene il dominio? *Ma se sieno tali accessioni, che abbian certo padrone, non possono senza furto occuparsi. E perciò dove sono separabili dal nostro, voglionsi restituire al legittimo padrone; se no, si dee a colui compensare di tanto, quanto è il nostro vantaggio: per quella massima della natura, che non dobbiamo accrescere i nostri comodi con discapito degli altrui dritti* (9). Su questi principj pos-

(9) Quanto è divina quella sentenza di Cicerone de Off. III. 3. *non enim mihi est vita mea utilior, quam animi talis affectio, neminem ut violem commodi mei caussa*.

possiam decidere delle spezie delle naturali accessioni. E primieramente rispetto al *parto* de' nostri animali; non costando chiaramente della di lui origine (il che sovente avviene ne' bruti, anzi e negli uomini nati fuor di legittimo matrimonio) è cosa molto ragionevole, che debb' appartenersi al padron del ventre (10). Altrimenti però ci detta la natural' equità, *si de utroque parente constet*, al dir di Einecc. *J. N., & G. l.* 1. *c.* 9. §. 252. Della nuova Isola nata nel mare, o nel fiume, dobbiam giudicare su de' medesimi principj. Imperocchè non costando del dominio delle particelle di terra, che unite produssero l' Isola, dee l' Isola cedere in accessione del mare, o del fiume, cioè, se il mare, o fiume sia *nullius*, l' Isola sarà pur tale, e cederà agli occupanti; se poi, il che per lo più avviene, il mare, o 'l fiume si apparteng' al popolo, o al sommo Imperante, la nuova Isola sarà de' medesimi. Onde su questo assunto malamente pensarono i Romani Giureconsulti coll' aver data la nuova Isola nata

(10) Onde disse bene Ulpiano nella *l.* 24. *de statu hom.*: *lex natura hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.*

nata nel fiume a' possessori de' fondi dall'una parte, e dall'altra della ripa (11); siccome per l' opposto sanamente pensarono, che se un fiume divergendo dalla parte di sopra, e di sotto, riduca in forma d' isola l' altrui podere, questo rimaner debba sempre del padrone, *l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 2. *D. de adqu. rer. dom.* Su gli stessi principj del naturale Dritto furono modellate le Romane LL. circa *l'alluvione e la forza del fiume*; Ma non così circa la mutazione *dell' alveo*; se *l' alveo derelitto*, per quanto costa, non fu in dominio di alcuno; non deesi aggiudicare a' vicini possessori de' predj, come le LL. Romane prescrissero; sì bene, costando del dominio del fiume, di cui l' alveo è parte, dee questo cedere a colui, di chi è il fiume, siccome, su la medesima ragione, il nuovo alveo nuovamente de-

(11) Ed in vero questo stabilimento non ha ragione. Le particelle di terra producenti l' Isola, non costa, da qual predio si fossero staccate, ed è più probabile, che si fossero spiccate da' fondi superiori, che da' laterali. L'esposta opinione fu di Cassio Longino, che venne adottata da' seguaci: ma que' della setta opposta l'impugnarono, cioè i Proculejani, l'antesignano de'quali Labeone presso Paolo nella *l.* 65. §. 4. *D. de adqu. rer. dom.* così ragiona, *si id quod in publico innatum, aut ædificatum est, publicum est: insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.*

derelitto dee rimanere de' primieri padroni; non altrimenti, che un campo inondato, recedendo l'acqua.

§. VIII.

Circa le *accessioni industriali*, *e miste*, le regole, che la natural' equità ci prescrive, sono. Se l'*accessione dell' altrui cosa alla nostra avvenga controvoglia di noi* (poichè facendosi di consenso, sarebbe l'una, e l'altra cosa in comunione *positiva*) *bisogna distinguere*, *se con siffatt' accessione la cosa nostra fosse divenuta deteriore*, *o affatto inutile*, *o pure migliore*, *è più prestante*; *nel primo caso l' Autore di tale accessione*, *presasi la cosa deteriorata*, *o corrotta*, *deeci rifare d' ogni danno*; *e se avesse usato del dolo*, *dee soggiacere parimente alla pena* (12). Ciò

(12) Il nostro Genovese *Diceos. lib. 1. c. 10. §. 26.*, parlando di questo caso, dice, che le LL. Civili prescrivono, che se questa unione sia stata fatta con inganno, e frode, colui, che ha adoperato dolo, debba essere interamente privato del suo dritto: e soggiunge, che non sia questa *una pena proporzionata*; *che perciò l'equità naturale richiegga una pena maggiore*, *per punire il dolo*. Questa volta il nostro Filosofo si è mostrato poco inteso delle

Ciò nasce da quel natural precetto *neminem lædere*. Nel secondo caso, bisogna eziandio distinguere, *se le cose unite si possono separare senza un notabile dispendio, o no: nel primo caso, come ognuno ha il dritto di escludere altri dall' uso della sua cosa, e non può ciò avvenire, che colla separazione delle cose, siegue, che debbasi così effettuare, acciò ciascuno abbia il suo: nel secondo caso, le cose unite debbonsi aggiudicare ad uno de' due, con dover essere l' altro indennizzato della estimazione della cosa propria, di cui deve star di senza*. Dee però concorrere una giusta causa, per la quale dovesse la cosa aggiudicarsi più all' uno, che all' altro. Questa non può essere altra, che l'eccellenza di una delle due cose, la quale sovente deesi estimare dalla rarità, e dall'affezione più tosto, che dall' uso. Onde non dee sempre aver luogo l' assioma del dritto Romano, *accessorium sequi suum principale*, avendone conosciuta l' assurdità nella pittura l' istesso Giustiniano, e prima di lui Cajo §. 34. *Inst. de rer.*

delle LL. Civili, poichè queste nel caso da lui proposto comminano puranche la pena di furto: così nel §. 26. *Inst. de rer. div.*, e nel §. 34.

rer. div. l. 9. §. 2. D. de adqu. rer. dom.

§. IX.

Su questi principj è molto facile il giudicare delle diverse spezie delle accessioni industriali, e miste. Primieramente della *specificazione*. Siccome per lo più nella materia non cade affezione, sibbene nella forma, per l'artifizio, così ragionevolmente la cosa specificata deesi aggiudicare allo specificante, il quale però dee esser tenuto al prezzo; e se avesse usato dolo, eziandio alla pena. V. *Christ. Tomas.* nella sua celebre dissertazione *de pret. adfect. in res fungibiles non cadente*. All'incontro per la medesima ragione dovrebbesi preferire il padrone della materia, se questa fosse più rara, e valesse di più, che la forma, come p. e. se del metallo di Corinto fossesi formato un vase, ed in questo caso il padron della materia è obbligato alla mercede per l'opera, se lo specificante fosse stato in buona fede. Ed ecco, che non ha ragione quella distinzione di Giustiniano nel §. 25. *Inst. de rer. div.*; se la nuova spezie possa, o no, ridursi alla primiera mate-

teria, come dimoſtrò Pufend. *de J. N.*, *&* *Gent. IV.* 7. 10. e dopo lui *Eineec. J. N.*, *&* *G. L.* 1. *c.* 9. §. 259. (13).

§. X.

Circa l'altra ſpezie di acceſſione, che i Giureconſulti chiamano *adjunctio*, deeſi procedere cogli ſteſſi principj. Così per quella, che chiamano *inclusio*, come per lo più avviene, che le coſe unite in queſta guiſa ſi poſſono ſenza notabile diſpendio ſeparare, perciò in tal caſo dovrebbeſi ciaſcuna coſa reſtituire al proprio padrone; p. e. l'oro al padrone dell'oro, cui fu la gemma incaſtrata, e queſta al padron della gemma. Non altrimenti deeſi giudicare delle altre ſpezie ſimili, delle quali abbiam ragionato nel-

(13) Anche il Giureconſulto Giuliano ſeguì la regola da noi eſpoſta nel caſo, che la nave ſi rifaceſſe dell'altrui tavole, *L.* 61. *D. de rei vind*, non oſtante, che la coſa poteſſe ridurſi al priſtino ſtato, ancorchè foſſeſi fabbricata una nuova nave delle altrui tavole. *l.* 26. *pr. D. de adqu. rer. dom.* Ed in vero ſarebbe coſa tagionevole l'aggiudicarſi al padron delle tavole la nave formata da queſte ſul ſemplice motivo, che la nave può ridurſi alla primiera materia.

nell' esposto titolo. Nel caso poi, che le cose non si potessero senza notabile dispendio separare, dovrebbesi sempre preferire l' *adjungente*, poichè rare volte l' altrui materia ammette qualche prezzo di affezione: molto più, che in alcune circostanze sentirebbe danno il padron della materia, se dovesse riceversela coll' accessione, e pagar il prezzo di questa, come dottamente esemplifica il chiarissimo Einecc. *l. cit.* §. 260.

§. XI.

Co' medesimi principj rimane deciso il caso della *edificazione*. Se taluno coll' altrui materia edificasse nel proprio suolo con buona fede, e potesse l' altrui materia comodamente separarsi, come, p. e. se fosse legname, ragion vuole, che questa si restituisse al padrone (14). Se poi

 la

(14) La ragion, per cui le LL. Xvirali vietarono di esimersi dall' edifizio *tignum junctum*, *ne urbes ruinis deformentur*, è mera civile; nè può rinvenire verun sostegno nel dritto di natura. Anzi come dimostra Einneccio *Elem. Jur. Germ.* II. 3. 66. molte Nazioni, le quali per costruire gli edifizj si valevano non delle pie-

la materia col separarsi riuscisse inutile al padrone, o di grave danno all'edificante, l'equità vuole, che l'edificante rimanesse nel dominio dell'edifizio, con pagare il prezzo al padron della materia, anzi l'edificante dee soggiacere alla pena, se avesse usato dolo. Che se taluno colla propria materia edificasse nell'altrui suolo, quante volte l'edifizio non potesse disciogliersi senza notabile dispendio, è ragionevole, che l'edifizio cedesse al padron del suolo, poichè questo ammette il prezzo di affezione, purchè l'edifizio non riuscisse inutile al padron del suolo; nel qual caso l'edificante, ritenutosi l'edifizio, dee prestare l'estimazion del fondo e soggiacere altresì alla pena, se fosse in mala fede.

§. XII.

Dagli esposti principj molto più agevolmente te

pietre, ma delle tavole, e travi, in questo, e simili casi, non solamente permisero di sciogliersi l'edifizio, e restituirsi il trave, o tavola al padrone, ma lo comandarono colle LL. Aggiungasi la disposizione della L. Longobarda 1. 27. 1.

te si può giudicare della *Scrittura*, e *Pittura*. Per lo più nella *scrittura*, e nella *dipintura* cade l'affezione, e non già nella tavola, e nella carta, onde la carta dee cedere alla *scrittura*, e la tavola alla *dipintura*, con essere obbligati lo scrittore, e 'l dipintore al prezzo al padron della tavola, e della carta (15). E nel caso, che la pittura, e la scrittura non ammettessero prezzo di affezione, come se taluno sulla mia carta avesse scritto delle inezie, e sulla mia tavola avesse dipinto delle bagattelle, deesi pur anche il dipintore, e lo scribente prendere la tavola, o carta, e pagare il prezzo al padrone, per quell'assioma di sopra fissato, che *chi corrompe, o deteriora la cosa nostra, dee rifarci del prezzo, con tenerla per se*. Vedi il chiarissimo Gio. Bar-

F 2 beirac

(15) Fa meraviglia, come i Giureconsulti Romani avessero conosciuta la rettitudine di questa regola nella sola pittura, e non già nella scrittura. E' forse maggiore assurdo, che la dipintura di Apelle cedesse ad una vilissima Tavola, di quel, che sarebbe, se la scrittura di un dottissimo autore cedesse alla vil carta? Di quanto poi avessero errato gli stessi Giureconsulti nel paragonar la scrittura alla edificaziome, §. 23. *Inst. de rer. div. l.* 7. *D. de adqu. rer. dom.* lo dimostrò il chiarissimo *Eineec. J. N. & Gent. lib. I. c.* 19. §. 262.

beirec *a Pufend. de Off. hom. & Civ. l. 1. c. 12. §. 7.*

§. XIII.

Circa la *confusione*, e *commistione*, sebbene i Giureconsulti ne avessero con molta sottigliezza disputato, pure per dritto di natura i medesimi principj debbono aver luogo. Imperocchè, se le cose siansi confuse, o mischiate senza il consenso di uno de' padroni, (poichè concorrendovi il consenso, la cosa confusa, o mischiata diverrebbe comune) e con ciò fosse divenuta di niun uso, dee aggiudicarsi al confondente, o mischiante, e questi dovrebbe soggiacere al prezzo, ed anche alla pena, se in dolo. Se poi l'altro si contentasse riceversi piuttosto la rata della materia, che 'l prezzo, non potrebbesegli negare, poichè, colla ratiabizione s'indurrebbe quella comunione, alla quale prima non erasi assentito.

§. XIV.

La *seminagione*, e *piantagione*, che si rife-

risco-

riſcono alle *acceſſioni miſte*, parimente ammettono le ſteſſe regole. Imperciocchè le piante, e gli alberi, prima di gittar le radici, poſſonſi ſenza notabile diſpendio ſeparare, e perciò giuſtamente vindicare dal padrone; per l'oppoſto, non così quando quelle già foſſero radicate, e la ſemenza foſſe già ſparſa nell'altrui campo, poichè ragionevolmente debbono cedere al padron del ſuolo, con eſſer queſti tenuti al prezzo delle piante, e della ſemenza, ed alle ſpeſe fatte nella cultura, purchè il padrone del ſuolo non ſi contentaſſe più toſto laſciare la meſſe in benefizio di chi ſeminò, ed eſigerne una penſione, come ſarebbe, ſe malamente aveſſe ſeminato, di ſorte che il padron del fondo non poteſſe ſperarne il corriſpondente frutto; nel qual caſo riuſcendo per lui inutile la meſſe, ed all'incontro dovendo eſſere privo della porzione di terra da altrui malamente ſeminata, dovrebbe aver luogo l'aſſioma di ſopra fiſſato (§. VIII.)*. Vedi il lodato Barbeirac *l. cit.* Circa l'albero poſto nel confine, il dritto di natura non ſi attacca alle ſottigliezze delle LL. Romane, ma vuole che debba dirſi comune, *pro indiviſo*, mentre ſta l'albero in

F 3 pie-

piedi; è comune *pro diviso* allorchè è svelto: Vedi Eineccio *J. N.*, *&* *G. l. cit.* §. 265.

§. XV.

Dopo aver trattato de' modi originarj di acquistare il dominio, ci resta a parlare de' modi *derivativi*, che dicemmo essere la *divisione*, la *cessione*, e la *tradizione*. De' due primi ragioneremo altrove, e qui farem parola dell' ultimo. Già si è veduto nell' esposto titolo, che le LL. Romane prescrivono non potersi acquistar dominio su la cosa, senza la fisica tradizione. Ma questa sottigliezza non sembra combaciante al dritto naturale, come giustamente osservarono Grozio *de Jur. B.*, *&* *P. II. 6. e Pufend. de J. N.*, *&* *G. IV.* 9. 6. Piuttosto il Dritto di Natura approva la seguente massima: *ogni volontà del padrone di voler trasferire in altrui il dominio della sua roba, o dichiarata espressamente, o arguita da certi segni, dee equivalere alla tradizione, e riputarsi valevole a trasferire il dominio*. Che è quel, che disse Cajo nella *l. 9. D. de adqu. rer. dom.*, *nihil tam conveniens est natura-*

turali aequitati, quam voluntatem Domini volentis rem suam in alium transferre, ratam habere.

§. XVI.

La tradizione, perchè trasferisce il dominio, suppone, che noi siamo legittimi proprietarj; dunque niuno può trasferire il dominio di quelle cose, delle quali non è padrone. Ben inteso, che la tradizione della roba aliena fa il possessore di buona fede, quando costui non sappia, che l'alienante non è padrone. Sopravvenendo però il vero padrone deesi la roba restituire una co' frutti. E qui cade la quistione, quali frutti fosse egli tenuto a restituire. Le LL. Romane ragionevolmente par, che avessero disposto, che il possessore di buona fede debb' aversi come padrone, onde sopravvenendo il padrone vero, debba restituire la cosa una co' frutti esistenti, ma non già i frutti consumati. Barbeirac approva questo sentimento; dice però, che il possessore di buona fede non debba restituire nemmeno i frutti estanti (opponendosi all'equis-

ſima ſentenza di Pufend. , il quale la ſente uniformemente alle LL. Civ.) poichè , come egli dice , *naturaliter ad quem pertinet res* , *ad eumdem quoque fructus pertinet* . Ma non poſſiamo non condannare queſto ſentimento del Barbeirac, imperocchè allora quando il padrone vindica la propria roba , ceſſa la buona fede nel poſſeſſore, e conſeguentemente coſtui reſta privo di quel carattere , che giuſtificava il dritto della percezione de' frutti , altrimenti verrebbe a locupletarſi coll' altrui danno contra la legge di natura . Può però il poſſeſſore di buona fede , come riflette lo ſteſſo Pufend. , nel reſtituire i frutti eſtanti , dedurne le ſpeſe fatte per la cultura, ſenza la quale non eſiſterebbero i frutti , altrimenti il padrone farebbe acquiſto coll' altrui ſvantaggio . E' ragionevole ancora la dottrina di Grozio , che ſe il poſſeſſore di buona fede per li frutti conſumati ſiane divenuto ricco , e comodo , debba rendere al legittimo padrone tutto quel , che ſi è per la roba altrui aggiunto al ſuo patrimonio , per quella legge di natura , che niuno debba fare il ſuo comodo con danno , o ſvan-

tag-

taggio dell'altro (16). Il possessore poi di mala fede dee restituire indistintamente i frutti esistenti, e consumati, e risare ogni danno cagionato al legittimo padrone, e perciò eziandio alla restituzione di que' frutti, che avrebbero potuto percepirsi, e non sonosi per sua colpa perceputi

§. XVII.

A questo proposito suol quistionarsi, se il possessore di buona fede sia tenuto alla restituzione della cosa, la quale fosse perita per caso. Grozio *de J. B., & P. L. II.*, *c.* 10. §. 3. dottamente risponde, non esser tenuto per quell' assioma, *res perit domino*. Così ancora se il possesso-

(16) I Giureconsulti sieguono questa regola nella petizion dell'eredità, *l.* 25. §. 11. & 15. *l.* 36. §. 4. *l.* 40. §. 1. *D. de heredit. petit.* Per l'opposto nella revindicazione indistintamente vogliono, che i frutti perceputi non dovessero restituirsi dal possessore di buona fede, poco importando, che *factus sit locupletior*, *l.* 4. §. 2. *D. fin. regund. l.* 48. *pr. D. de adqu. rer. dom.* Questa distinzione non ritrova verun sostegno nel dritto di natura, giacchè l'equità naturale sempre vuole, che il possessore di buona fede debba restituire i frutti, de' quali *factus est locupletior*, anzi così viene osservato nel foro, come ce ne attesta Strik; *us. hod. Dig. VI.* 1. 12.

sessore abbiasela consumata in buona fede. Altre consimili quistioni promuove l'istesso Grozio, che possonsi leggere nel citato luogo, e di leggieri si possono risolvere co' principj di sopra esposti (17). Ma il possessore di mala fede è tenuto sempre alla restituzione della cosa, ancorchè per caso sia perita, poichè egli era sempre nell' obbligo di restituirla al padrone, e 'l non averla restituita lo fa colpevole, onde giustamente disposero le LL. Romane, che il predone, e 'l ladro sieno tenuti al caso, *quia semper in mora sunt*, *l.* 8. §. 1. *D. de condict. furt.*

§. XVIII.

(17) Domanda questo dottissimo autore, se il possessore di buona fede vendendo di nuovo la cosa altrui, debba restituire il prezzo al vero padrone? Risponde non esser tenuto, e perchè non possiede la cosa, la quale si può vindicare, da chi si possiede, e perchè non *factus est locupletior*. Però ciò s' intende quando l' avesse venduta per lo stesso prezzo, con cui la comprò, ma avendola venduta a maggior prezzo, dee restituire il di più al padrone, perchè in questo *factus est locupletior*. Soggiunge in oltre Grozio, che questo deesi intendere, se non siavi concorso il dolo; poichè, se il possessore di buona fede nel preintendere, che il vero padrone sia per vindicar la cosa, la venda dolosamente, ancorchè per lo prezzo medesimo, con cui la comperò, dee l' intero prezzo restituire, *quia dolo Jus natura non adsistit*, come dice il lodato autore. Quindi è che per Dritto Civile sta disposto, *qui dolo possidere desiit*, *pro possessore habetur*.

§. XVIII.

Giustamente dispengono le LL. Civili che la tradizione dee supporre la causa abile a trasferire il dominio, onde è, che il commodato, il deposito, il precario, e la locazione non trasferiscono il dominio. In oltre l'atto di tradizione dee essere perfettamente libero; ma niuno atto è perfettamente libero dove la ragione non sia adulta, e retta, per modo, che si conosca bene quel, che si fa. Dunque le tradizioni de' ragazzi, de' mentecatti, de' prodigi, per la natura medesima sono nulle: come altresì quelle fatte per violenza, e grave timore.

TIT.

T I T. III.

De rebus corporalibus, & incorporalibus.

§. I.

QUi Triboniano espone *L'ALTRA DIVISIONE* delle cose, cioè, che sono, o *corporali*, o *incorporali*. Le *corporali* sono, come ci dice, *quæ sui natura tangi possunt* (1), *veluti fun-*

(1) Queste definizioni sono della Stoica Filosofia. Imperocchè i Filosofi Stoici riducendo tutt'i sensi al tatto, definivano il corpo, *quod tangi possit*: Senec. *Epist.* 106. Ond'essi dicevano, *sola corpora esse*; le cose incorporali *non esse*, *sed intelligi*. Cic. Top. *cap.* 5. Ecco perchè Gajo nella *cit. l.*, e Triboniano nel *cit.* §. *un.* dicono, che le cose incorporali *in jure consistunt*, volendo dire consistere nell'intelligenza, nella ragione. Ed in questo senso disse Papiniano nella *l.* 50. *pr. D. de hered. pet.*, *hereditatem etiam sine ullo corpore Juris intellectum habere*. Senza riflessione il chiarissimo Vinnio chiamò assurda questa espressione del Giureconsulto che l'eredità consista *in Jure*. Il lodato Giureconsulto Gajo sciolse ogni difficoltà, allorchè disse nella *cit. l.* 1. §. 1., *nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum Jus successionis, & ipsum Jus utendi, fruendi, & ipsum Jus obligationis incorporale est*. Le quali parole furono da Triboniano trascritte nel *cit.* §. *unic.*

fundus, *homo*, *vestis*, *aurum*, *argentum &c.* Le *incorporali* sono, *quæ tangi non possunt*; *talia sunt ea*, *quæ in jure consistunt*, *sicut hereditas*, *ususfructus*, *usus*, *obligationes*, *quoquo modo contracta*, §. *unic. Inst. h. t.* così ancora nella *l.* 1. §. 1. *D. de divis. rer.* (2).

§. II.

Se dunque le cose incorporali *tangi non possunt*, *& in Jure consistunt*, siegue, che propriamente non si posseggono, *l.* 4. §. 27. *D. de usurp.*, *& usucap.*: *traditionem non recipiunt*, al dir di Cajo nella *l.* 43. §. 1. *D. de adqu. rer. dom.*, ma giusta la frase de' Giureconsulti *quasi possidentur*, *quasi traduntur*, *l. ult. D. de serv.*

§. III.

(2) Susseguentemente Triboniano in questo §. annovera il danaro fra le cose corporali: come pure Cajo nella *cit. l.* 1. Ma fa uopo distinguere; la moneta, come coniata nell'argento, e nell'oro, è corporale; considerata poi nella quantità, è incorporale. V. Vultejo *Jurispr. Rom. Lib. I.*

§. III.

Le cose corporali si suddividono in *mobili*, ed *immobili*: Le mobili sono quelle, che, o per interna forza si muovono da per se stesse, che diconsi propriamente *semoventi*; o possonsi trasferir salve da luogo in luogo. Le immobili son quelle, che non si possono trasferir da luogo in luogo senza corrompersi, come sono tutte le cose stabili, e quelle, che *perpetui usus caussa paratæ sunt*, al dir di Giavoleno nella *l.* 242. *de V. S.*, e costituiscono parte delle cose stabili, delle quali abbiamo molti esempj nella *l.* 14. *l.* 15. *l.* 17. *pr. D. de act. empt.*

DRIT-

DRITTO DI NATURA.

IL *Dritto di natura non sta attaccato a queste sottigliezze del Dritto Romano, ed ignora siffatti vocaboli; per cui senza trattenerci in formarne il parallelo, passiamo avanti.*

TIT.

TIT. IV.

De servitutibus prædiorum.

§. I.

FRa le cose incorporali sono le *servitù*, delle quali trattasi ne' titoli seguenti. Si definisce la servitù, *essere un dritto costituito nella cosa altrui, onde il padrone nella propria roba dee tollerare, o non fare qualche cosa in vantaggio della persona, o della cosa altrui*, *l.* 15. §. 1. *D. h. t.* Or dunque qui non serve l' uomo, ma la cosa; e questa, o serve immediatamente al predio vicino, o alla persona: nel primo caso dicesi la *servitù reale, o prediale*: nel secondo caso *personale*, *l.* 1. *D. h. t.*, *l.* 32. *D. de usufr.*, dove si riferiscono l'*usufrutto*, l'*uso*, l'abitazione, e le opere de' servi, *cit. l.* 1. *h. t.* In questo titolo tratteremo delle servitù reali.

§. II.

La servitù *reale* dunque è, *quando prædium servit.*

servit. prædio., §. 3. *Inst. h. t. l.* 1. §. 1. *D. de comm. div.* Onde disse Triboniano nel *cit.* §. 3. dietro Ulpiano nella *cit. l.* 1. §. 1. *ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur*, *quoniam sine prædiis consistere non possunt*. E siccome i fondi dominanti sono o *rustici*, o *urbani*, così pure le servitù sono o *rustiche*, o *urbane*. La distinzione poi de' fondi *rustici*, ed *urbani* dagli Espositori del Dritto si reputa molto difficile. Vedi *Merill. Obs.* 111. 5. *Otomano*, *Bacovio*, *Vinnio*, e *Ubero* in questo Titolo. Noi, ove trattasi di servitù, seguiamo la regola di Ulpiano nella *l.* 198. de V. S. *Urbanum prædium non locus facit*, *sed materia*; onde siegue quel che c'insegna Triboniano *cit.* §. 1. *Ædificia omnia urbana prædia appellari*, *& si in villa ædificata sint*, val quanto dire, che tutt' i luoghi voti di edifizio, o sieno in campagna, o sieno in Città, si hanno per rustici. Negli altri casi si distinguono i fondi urbani da' rustici, più dal luogo, e dall' uso, che dalla materia, come meglio di tutti espose il chiarissimo Vinnio nel *cit.* §. 1.

§. III.

Bisogna ora notare tutte le proprietà, che costituiscono la natura, e l'essenza delle servitù. La prima si è, ch'esse consistono *vel in patiendo*, *vel in non faciendo*, *l.* 15. §. 1. *D. de servit.* e però non può essevi servitù, che consista *in faciendo*. Quindi è, che il padrone del fondo soggetto alla servitù non è tenuto di fare, che il suo fondo si mantenga idoneo alla prestazione della servitù, come meglio appresso spiegheremo.

§. IV.

La seconda essenziale proprietà delle servitù si è, che sono individue, *l.* 2. §. 2. *l.* 72. *pr. D. de verb. obligat.*; e perciò Paolo nella *l.* 8. §. 1. *de Serv.* dice, che la servitù *ab initio per partes adquiri non possit* (1), sebbene *per partes servi-*

(1) Modestino nella *l.* 10. *eod.* molto dichiara questa ragione colle seguenti parole: *pro parte dominii servitutem adquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo si quis*

servitus retinetur, al dir dello stesso *Giureconf.*, come p. e. „ se il tuo predio fosse serviente al „ mio, ed io acquisti parte del tuo, o tu par- „ te del mio dominante, *cit. l.* 8. §. 1.

§. V.

In oltre dice Paolo nella *l.* 28. *D. de servit. præd. urb.*, *omnes autem servitutes prædiorum perpetuam caussam habere debent*. Chiamano i Giureconsulti *causa* della servitù, *id*, *cujus aut arcendi a nostro*, *aut in nostro habendi gratia servitus constituta est*, al dir di Vinnio in questo Titolo; p. e. nello stillicidio, e nell' acquidotto, la causa, per cui queste servitù sono costituite, è l' acqua per diversi rapporti, cioè nella prima servitù, acciò l' acqua venga divertita dalle nostre case; nell' altra, acciò la stessa venga portata nel nostro fondo. Gli stessi Giureconsulti ad esempio de' Filosofi chiamano *perpetuo*, *quod ex*

 caus-

quis fundum habens, *viam stipuletur*, & *partem fundi sui postea alienet*, *corrumpit stipulationem*, *in eum casum deducendo*, *a quo stipulatio incipere non possit*. Non altrimenti Pomponio nella l. 17. *eod.*

caussa naturali fit, etsi non assidue fit, al dir dello stesso Paolo nella *cit. l.* 28., come p. e., l'acqua piovana; perciò dice ivi il Giureconsulto, *& id.o neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaductus potest*.

§. VI.

Veggiam' ora, come si costituiscono, e come si estinguono le servitù. Si costituiscono co' patti, e colle stipulazioni, §. 4. *Inst. h. t.*; colle ultime volontà; §. *ult. Inst. h. t. l.* 16. *D. commun. præd.* e colla prescrizione di X. Anni fra' presenti, e XX. fra gli assenti *l. ult. in fine C. de præscript. longi temp.* Si estinguono poi le servitù colla *consolidazione*, cioè quando del fondo dominante, e serviente si fa un sol padrone, *l.* 1. *D. quem, serv. amitt.*. Colla *remissione*, quando il padrone del predio dominante rimette il suo dritto all'altro, *l.* 14. §. 1. *D. de serv.*, poiché come la servitù acquistasi co' patti, e colle stipulazioni, così parimente sciogliesi. Col non uso di X. Anni fra' presenti, e XX. fra gli

gli assenti, *l.* 18. §. 1. *D. quem. serv. amitt.* (2). Finalmente *interitu* di uno de' fondi, *l.* 14. *pr. D. eod.*, poichè non si può intendere servitù senza predio, *l.* 1. *D. comm. præd.*, sebbene ritornando il fondo ad esistere, anche la servitù si rivifica.

§. VII.

Le principali servitù de' fondi rustici sono, *iter*, *actus*, *via*, *aquaductus*. *Iter* si definisce, *Jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum*, *l.* 1. *pr. de serv. rustic. præd. pr. Inst. h. t.* *Ire* è propriamente il camminare, e passare oltre per necessarj negozj:

 am-

(a) Nelle servitù de' fondi rustici quel solo non uso estingue il dritto del padrone del predio dominante; ma non basta nelle servitù de' fondi urbani, ove si richiede ancora, che il padrone del fondo serviente, *simul usucapiat libertatem*, al dir di Gajo nella *l.* 6. *D. de serv. præd. urbanor.* cioè, che per lo divsato tempo esercitasse un fatto contratio alla servitù costituita, come p. e. nella servitù *tigni immittendi*, non basta il non uso, ma richiedesi, che si otturi il forame, ove il *tigno* dees' immettere, e si tenga otturato continuamente pel tempo legittimo, *cit. l.* 6. la ragione di questa diversità leggasi presso Vinnio, il quale la espone dietro Connano.

ambulare è il passeggiare per ricreazione d'animo, o per giovare alla salute, siccome osserva Ausonio Popma *de different. verb. Lib. I.* (3); dunque chi ha la servitù *itineris* può valersene, e per l'uso necessario, e per voluttà (4). La servitù *itineris* fa sì, che si possa far uso del

(3) Malamente adunque la Chiosa spiegò, che *ire* debba riferirsi a chi va solo, *ambulare* a chi va col compagno. Dietro essa errò ancora Cepolla *de servit. rustic. prædior. c.* 1. *n.* 2. Quel, che si concede ad un solo, non può estendersi a più, purchè il comitato di un altro non riguardi l'utilità del fondo, cui la servitù è dovuta, siccome coll'autorità di Busio c'insegnò *Vinn. h. t.*

(4) Non contraddice il Testo nella *l.* 8. *de serv.*, ove sta scritto, *ut spatiari liceat, servitutem imponi non posse*, poichè ciò importa, che la servitù debba costituirsi, non per sola voluttà, sibene per l'utilità del fondo; ma non già, che costituitasi la servitù a vantaggio del fondo, non possa ella qualche volta servire eziandio al diporto, ed al piacere. Fa a questo proposito il Testo di Ulpiano nella *l.* 8. §. 11 *si serv. vindic.*, che dovesse valere la servitù, *ut in parietem tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna porticum ambulatorium facere*: al qual Testo volle principalmente fondar la sua opinione il chiarissimo Gerard. *Noodt lib. I. probabil. c.* 2. che la servitù possa aver per iscopo la sola amenità; ma noi qui non abbiamo a disaminare cotale opinione. Da quanto però si è detto ben si ravvisa l'errore di Otomano, il quale nella *l.* 1. *de serv. rustic.* asserì, che l'*ambulare* importasse *ad res prædio necessarias, commeare*, non già il passeggiare per diporto, o per giovare alla sanità.

del cavallo, della sedia, della lettiga, *l. 7. pr. l. 12. D. de serv. præd. rust.*, imperocchè poco importa, se taluno cammini con piedi proprj, o cogli altrui. Nè osta, che nella definizione si è detto, *non etiam jumentum agendi*, poichè *jumentum agere* significa propriamente menare avanti il giumento carico, onde non fa mestieri correggere il testo con Otomano, il quale in vece di *jumentum* stimò doversi leggere *armentum*. *Actus* si definisce *jus agendi, vel jumentum, vel vehiculum, pr. Inst. h. t. l. 1. pr. de serv. præd. rusticor.* Or ben si comprende, perchè nella *cit. l. 1.* dica Ulpiano, *itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, & iter habet, etiam sine jumento*. Dal qual Testo temerariamente Fabro *conject. 1. 20.* espunge quelle parole *sine jumento*, stimando egli, che chi ha la servitù *actus* non possa a suo arbitrio *vel agere, vel ire, vel ambulare*, quandochè più luoghi del Dritto, e segnantemente quello di Paolo nella *l. 2. quemadm. serv. amitt.* dimostrano il di lui errore, leggendosi nel citato Testo, *nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet*, e quell' *ire per se* certamente significa il

G 4 cam-

camminare solo senza il giumento (5). La servitù della *via* è la più ampla, e si definisce *jus vehundi* (6) *&* *agendi*, *&* *ambulandi cit. pr. Inst.*, *&* *cit. l.* 1., e perciò, *&* *iter & actum in se continet*, al dir di Ulpiano nella *cit. l.* 1. Per fissare il distintivo fra l'*atto*, e la *via* molto contesero gl' Interpetri, e diversamente opinarono. La più probabile sentenza è quella del lodato Binkers. *Obs. IV.* 7. Dice costui, che altro fosse stato il veicolo dell' atto, altro quello della via: siccome la larghezza della via era maggiore, cioè di otto piedi *in porrectum*, e di sedici *in anfractum* (7) giusta il dritto Xvirale, *l.* 1. *D. de serv. præd. rust.*, e quella dell' atto di

(5) In questo medesimo senso si legge il *per* se nella *l.* 10. §. 1. *D. de usurp. & usucap.*

(6) Nel Testo leggesi *eundi*, ma noi abbiamo seguita la opinione di Francesco Connano, di Donello, di Grozio, e del chiarissimo Cornel. *Binkers. observ. IV.* 7. cioè di doversi leggere *vehundi*, non tanto per l'etimologia della parola *via* a *vehendo*, giusta l' autorità di Varrone (sebbene l'eruditissimo Menagio *Amœnit. c.* 36. la deduca dal Greco *οἶα*, *vicus*, *pagus*) quanto, perchè altrimenti non vi sarebbe differenza, fra la *via*, e l' *atto*.

(7) Cioè *ubi flexum est*, al dir di Menagio *l. cit.*

di quattro ſolamente, ſecondo l'autorità di Varrone *de L. L. Lib. IV. c. 4.*; così il veicolo, o ſia carro, che uſavaſi nell'atto doveva eſſere minore di quello uſavaſi nella via, e propriamente quello, che tiravaſi a mano, detto *truſatile*, poichè lo ſpazio di quattro piedi, da cui veniva circoſcritto l'*atto*, non era capace per un carro tirato da' buoi, o da' cavalli. La ſervitù dell'acquidotto *eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum, cit. pr. Inſt. & cit. l.* 1. Molte altre ſervitù poſſono eſſervi de' fondi ruſtici, come il dritto di attigner acqua dall'altrui fonte, non già dalla ciſterna *l.* 1. §. 4. *D. de fonte* (per la ragione detta nel §. V.) che diceſi *aquæ hauſtus*; il dritto di abbeverare il beſtiame all'altrui rivo, che diceſi, *pecoris ad aquam adpulſus*; il dritto di paſcere negli altrui paſcoli, o ſia *jus paſcendi*; e così *jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ eximendæ* §. 2. *Inſt. h. t.*, ed altre *ſimili*, che ſi enunciano nella *l.* 3. §. 1. *&* 2. nella *l.* 5. §. 1., e nella *l.* 6. *D. de ſerv. præd. ruſt.*

§. VIII.

§. VIII.

Le servitù de' fondi urbani sono moltissime, che si menzionano ne' libri del dritto, ma nelle Istituzioni si enunciano le seguenti; *oneris ferendi*, *tigni immittendi*, *stillicidj*, *vel fluminis recipiendi*, *vel non recipiendi*, *altius tollendi*, *vel non tollendi*, §. 1. *Inst. h. t.* La servitù *oneris ferendi* è un dritto, *ut vicinus onera vicini sustineat*, al dir di Triboniano nel *cit.* §. 1., cioè, che il muro, o colonna del vicino soffra il peso della casa del vicino, *l.* 33. *D. de serv. præd. urban.* Però la rifazione del muro, o della colonna, giusta la natura delle servitù, le quali consistono *in patiendo vel non faciendo*, non già *in faciendo*, come dicemmo, sperta a quello, cui deesi la servitù, cioè al padrone del predio dominante (8). L'altra servitù si è *tigni immittendi*,

(8) Taluni, fra' quali Vinnio sostengono l'opposto, per cui chiamano questa spezie di servitù *anomala*. Ma quanto questi vadano errati, si fa chiaro da quel, che ora siam per dire. Tra gli antichi Giureconsulti si quistionò, non già se 'l padrone del fondo serviente fosse tenuto alla rifazione, ma se poteasi così pattuire. Aquilio

di, cioè il dritto d'immettere il tigno dentro il muro del vicino, *cit.* §. 1. *Inst.* *l.* 20. *pr.* *D.* *de serv. prad. urban.* Dicemmo nell'antecedente Tit. §. XIV., che sotto nome di *tigno* intendesi ogni sorte di materia, onde si fanno gli edifizj; ma in questo luogo intendesi tutto ciò, che può immettersi nell'altrui muro, come la trave, il ferro, la pietra bislunga, *l.* 1. §. 1. *D. de tigno juncto*. La servitù *stillicidj, vel fluminis recipiendi* si definisce da Triboniano nel *cit.* §. 1., essere un dritto, *ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam.* Dicesi *stillicidium* l'acqua gocciolante dalle tegole *l.* 20. §. 4. *D. de serv. prad. urb.* *Flumen* è l'acqua piovana, che raccolta ne' canali scorre tutta una volta impetuosamente.

Varr.

lio Gallo era del sentimento negativo, perchè gli sembrava tal patto contra la natura delle servitù; ma affermava Servio, la cui sentenza prevalse, spiegata così da Labeone, *ut quia non homo, sed res serviat, liceat domino columnam derelinquere*, *l.* 6. §. 2. *D. si serv vindic.* Or dunque la sentenza di Servio non decise assolutamente, che il muro, o colonna dovesse rifarsi dal padrone del fondo serviente, ma allora solamente quando fossev' interceduto ispecial patto. E di questa spezie di patto intese parlar Paolo nella *l.* 33. *D. de serv. prad. Urb.*, perchè erasi pattuito, *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.*

Varr. de LL. Lib. IV.. La servitù *stillicidii*, *vel fluminis non recipiendi* è un dritto, per cui il vicino non viene obbligato di ricevere nel suo fondo lo stillicidio, o l'acqua de' canali del vicino, *cit.* §. 1. *l.* 2. *D. cit. tit.* Per intendere questa servitù, bisogna supporre lo statuto, in forza del quale il vicino in certi casi è tenuto riceversi l'acqua, che cade dal tetto del vicino; onde posta questa legge, il vicino per esimersene ha bisogno della servitù *stillicidii*, *vel fluminis non recipiendi*. Vedi Vinnio nel citato §. 1. La servitù *altius non tollendi* è un dritto, per cui il vicino vien proibito di alzare più in alto le sue case, *ne luminibus officiatur*. §. 1. *Inst. h. t.* (9). Imperocchè può ognuno innalzare le sue case all'infinito, anche coll' incomodo del vicino, quando non si trovasse costituita una tale servitù, *l.* 19. & *l.* 14. *D. de serv. præd. urb. l.* 8. *C. de serv.*, purchè le LL. non avessero

(9) Ne' libri del Dritto si distingue la servitù *ne luminibus officiatur*, dalla servitù *altius non tollendi*; poichè quella si estende più, potendosi impedire il lume al vicino non solo coll'innalzare l'edifizio, ma col piantare degli alberi, e con qualunque altro mezzo, *l.* 15., & 17. *de serv. urb. præd.*

ſero preſcritta certa altezza agli edifizj. La ſervitù *altius tollendi* è quella, per cui il vicino dee tollerare, che l'altro vicino alzaſſe più in alto le ſue caſe; §. 2. *Inſt. de act. l.* 1. & 2. *D. de ſerv. præd. urb. l.* 2. *D. de ſerv. præd. ruſt.* Ma s' incontra la difficoltà, che ſe ha ognuno la natural libertà di alzare a ſuo grado le fabbriche, certamente non ha biſogno di una tale ſervitù. Queſta difficoltà ha molto eſercitata la mente degl' Interpetri, ed han diverſi mezzi eſcogitati, per disbrigarſene. La opinione più veriſimile è quella, che in Roma foſſevi ſtata una legge, o ſia conſuetudine proibente al vicino di alzare la ſua caſa oltre certa altezza, controvoglia dell'altro vicino. Poſta tal legge, chi voleva edificare oltre il modo definito, dovea farſi dal vicino coſtituire l'enunciata ſervitù *altius sollendi* (10). Ma taluni, come *Einecc. Ant. Rom.*

(10) Che fin da' tempi della libera Repubblica ſi foſſe penſato a prefiggere certa altezza agli edifizj, ce lo dimoſtra l'orazione di un certo Rutilio, recitata da Auguſto nel Senato, come ce ne fa teſtimonianza *Sveton. Aug. L. XXIX.* Indi l'iſteſſo Auguſto, per evitare le ſpeſſe ruine nella Città, promulgò la Legge, che non ſi

Rom. h. t., ed il nostro Cavallari *Inst. Civ. h. t.* dicono, che questa opinione contraddica a quella massima del dritto nella *l.* 38. *de pact.*, che le LL. pubbliche non possonsi mutare co' patti privati; però rimane sciolta questa difficoltà, se con *Gio. Fabro* nel *cit.* §. 2. supponiamo, che la legge prescrivente il modo agli edifizj fossesi fatta, *non ad elegantiam urbis*, *sed in gratiam vicinorum*.

DRIT-

si fossero innalzati gli edifizj più di settanta piedi, al dir di Strabone *Georg. Lib. V.* Dopo l'incendio della Città anche Nerone moderò l'altezza degli edifizj, come ce ne attesta Tacito *Annal. lib. XV. c.* 43. sebbene non ci è noto, qual modo abbia prescritto. Finalmente Trajano vietò di alzarsi gli edifizj più di sessanta piedi, per le spesse ruine, e per le ingenti spese, che correvano a ripararle, *Aurel. Vitt. Epit. Vit. Trajani c.* 13.

DRITTO DEL REGNO.

INtorno alle servitù reali rustiche, ed urbane osserviamo il Dritto Romano, e la Pramm. 2. *de Monial.* che è l' unica legge, la quale abbiamo nel corpo delle leggi del Regno su questa materia. Abbiamo ancora molte consuetudini della Città di Napoli diverse dal Dritto comune per rapporto alle servitù. Ne tratteremo separatamente. A questo proposito conviene pure trattare della Costituzione di Zenone sull' aspetto del mare; e della enunciazione della nuova opera; perciò ne ragioneremo in tre distinti §§.

§. I.

Della Prammatica 2. de Monialibus.

„ Questa stabilisce, che se dalla parte superiore della casa di alcun privato sieno finestre, o solari, che l' aspetto abbiano ne' Monasteri di Monache, si chiudano, o si cuoprano di tetti, ancorchè vi sia fra mezzo strada pubblica; e che poi nuove finestre non

si

„ si facessero. Ben inteso che i vicini debbono essere rifatti del danno che soffrono per tale causa, come prezzo dell' imposta servitù *arbitrio boni viri*, *cit. pram.* 2. *De Luca ad de Franchis decis.* 223. La ragione di sì fatta legge si è l'onestà delle religiose, e l' onor della Religione. Deesi però intendere delle case, che si vogliono costruire vicino agli antichi Monasteri, non già de' nuovi Monasteri, che si volessero edificare, vicino alle case, che si trovano già edificate, siccome ci attesta essersi deciso dal Sacro Consiglio *Novar.* sulla citata prammatica. Alcuni Dottori vollero estendere il senso della Prammatica a' Chiostri de' Religiosi, e così porta deciso dal Sacro Consiglio Rovito *decis.* 92.. Ma se si ha riguardo al Titolo della Prammatica, il quale è scritto *de Monialibus* (1), ed anche a quella massima del Dritto, che le Leggi contrarie alla libertà debbonsi strettamente interpretare; come pure se si riflette, che la ragion di tal legge è specialmente fondata nell' onore delle Religiose, bastantemente si conosce, che la cennata opinione non sia ragionevole, e che la cita-

(1) *Exemplo pessimum est fœminino vocabulo etiam masculos contineri*, disse Pomponio nella *l.* 45. *de Leg.* 2.

citata decisione non meriti essere abbracciata (2) La ragione della prammatica persuase alcuni., che possano le Religiose astringere il vicino ad innalzare il muro, se dalla parte superiore della casa, che volgarmente dicesi *astrico*, possa nel Monastero guardarsi, de Franchis *decis.* 223., e lo argomentano dalla Costituzione di Antonino nella *l.* 12. *D. de Religios.*, *& sumptib. funer.*; ma in questa legge si asserisce, che possa astringersi il vicino a concedere la via per poter andare al Sepolcro per mezzo del suo fondo; e sebbene talu-

(2) A proposito, perchè taluno non facciasi trascinare dall' autorità delle irragionevoli decisioni, ancorchè de' Supremi Magistrati; stimiamo qui addurre quel notabile Testo nella *l.* 13. C. *de sent.*, *& interloc. omn. judic.*, ove l' Imperadore Giustiniano ci lasciò scritto: *nemo Judex, vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, & multo magis sententias eminentissimorum Praefectorum, vel aliorum Procerum (non enim si quid non bene dirimatur hoc, & in aliorum Judicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus judicandum sit) neque si cognitionales sint amplissima praefectura, vel alicujus maximi Magistratus prolata sententia, sed omnes Judices nostros veritatem, & legum, & justitia sequi vestigia sancimus*: Ecco perchè il nostro Augustissimo SOVRANO, colla famigerata sapientissima legge ha imposto eziandìo a' supremi Magistrati il modellar le sentenze sull' espressa disposizione del Dritto; e di esprimerne la ragione nelle sentenze istesse.

taluni, ſtiracchiandone il ſenſo, l'eſtendano alla neceſſità di alienare la propria caſa, per lo comodo della coſtruzione della Chieſa, pure, ancorchè ſi voleſſe menar buona cotale interpretazione, non ſi debbono i privilegj della Chieſa produrre a' Monaſteri. Meglio dunque, che ciò ſi rimetta all'arbitrio del Giudice, il quale debba vedere, ſe l'aſpetto de' vicini foſſe di grande incomodo alle Monache, o ſe foſſe più eſpediente, che le Monache alzaſſero le di loro mura, per ſottrarſi dalla veduta de' vicini.

§. II.

Delle Napolitane Conſuetudini ſulle ſervitù de' poderi ruſtici ed urbani.

Delle ſervitù de' predj ruſtici abbiamo una ſola Conſuetudine, che comincia, *ſi quis habens*, ſotto il Titolo *de ſervit.*, la quale ſtabiliſce, che chi ha un fondo in mezzo al fondo de' vicini, e non abbia via d'andarci, poſſa dal vicino, ch' è più proſſimo alla via pubblica, chiedere il paſſaggio, l'atto, o la via, pagando però il prez-

prezzo della servitù *arbitrio boni viri*, siccome hanno gl'Interpetri concordemente opinato. Questa Consuetudine dovrebbe osservarsi per tutto il Regno, come fondata sull'equità, e non discordante dal Dritto comune, per argomento della *cit. l.* 12. *D. de Relig.* benchè in questa legge trattisi della via al Sepolcro in grazia della religione. Il Giudice però nel determinare questa servitù dee incomodare il vicino, per lo meno, che si possa, ed anche l'Imperadore nella *cit. l.* 12. prescrisse: *ita tamen, ut Judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum*. I nostri Dottori si han lambiccato il cervello per rinvenire il caso, come taluno possa aver il fondo senza l'adito. Alcuni lo rinvennero nel Testo di Scevola nella *l.* 4. *princ. de serv. præd. urb.*; dove si finge il caso, che il Testatore avesse legato ad Olimpico l'abitazione della sua casa; accosto della casa medesima eravi l'Orto, e 'l Cenacolo, quali ad Olimpico non erano stati legati: l'adito a questi era stato sempre per la casa, di cui si era legata l'abitazione; si domandò, se Olimpico era tenuto prestarlo; rispose il Giureconsulto di sì.

Ma questa spezie non è adattabile al caso nostro; poichè la sola abitazione della casa era stata legata ad Olimpico; la proprietà poi era presso l'erede, il quale dovea passare, e perciò il medesimo, come padrone non poteva avere servitù della casa propria, giusta quell'assioma del dritto, *res propria nemini servit*, onde elegantemente disse il Giureconsulto Scevola, *servitutem quidem non esse*. Potrebbesi fingere il caso, che il padrone pel non uso avesse perduta la servitù, che avea; ma è molto difficile darsi un Uomo sì trascurato, che per dieci anni del suo podere non si serva. Piuttosto si fingano due poderi legati a due persone senz'alcuna servitù: sicchè, per andare ad uno, si debba passare per l'altro. Il Giudice dovrà stabilire la servitù. Questo è il caso della Consuetudine.

Molte Consuetudini abbiamo delle servitù de' predj Urbani. La prima è la Consuetudine *si quis habet* sotto il titolo *de servitutibus*, la quale stabilisce, che avendo il vicino nel suo edifizio posto a canto al nostro suolo finestre, o altra apertura, non possiamo edificargli a fronte, se

non

non interposto lo ſpazio di 12. palmi (3). Queſta Conſuetudine dunque circoſcrive la natural libertà di edificare nel proprio ſuolo, avendo in mira la privata utilità de' vicini, acciò non s'impediſca ad eſſi il lume per la gran vicinanza. Parla ella di non poterſi edificare dirimpetto alla caſa del vicino, nella quale eſiſteſſero fineſtre, o di proſpetto, o di lume ingrediente che nella Conſuetudine ſi dicono *doſſitia*. Or dunque, ſe nella caſa del vicino non eſiſteſſero aperture, non potrebbeſi impedire chi voleſſe edificare dirimpetto (4). Anzi in queſto caſo può il vicino poggiare il trave, o altro peſo ſulla caſa del vicino in forza della Conſuetudine, *& ſi ex latere*. In oltre allora può proibirſi l'edificare incontro alle fineſtre del vicino, quando queſte abbiano *cantoni*, ſe ſono di proſpetto, o can-

(3) Non ſi debbono qui intendere i *palmi Romani* di tre once, o ſia di quattro dita, ma di noſtra volgar miſura, che la Conſuetudine dice *palmos canna*.

(4) Napodano è di ſentimento, che ove frammezza via pubblica vicinale, o fondo di Chieſa, che ſi eſtenda meno dello ſpazio di dodici palmi, non debbaſi oſſervare il preſcritto della Conſuetudine; e perciò ſia lecito di aprir fineſtre, e di edificare dirimpetto a quelle del vicino, anche non frappoſto il detto ſpazio.

cancelli di ferro, se sono di lume, per la Consuetudine *& ubicunque de servit.* V. *Affl. decis.* 215.; in caso contrario si crederànno aperte furtivamente; e con ciò debbonsi anzi chiudere. Malamente però dice Afflit. *loc. cit.* dietro il sentimento di Antonio Capece, che debbono chiudersi le finestre, se non abbiano i detti cantoni, o cancelli di ferro, ancorchè fossero antichissime: mentre il Giudice dee ordinare, che si chiudano le finestre aperte senza dritto alcuno, come la Consuetudine presume esser quelle fatte senza cantoni: ma quando costa, che sono aperte con dritto, come si dee arguire dallo stesso lungo possesso, non dee il Giudice farle chiudere. Così Ursillo *ad Afflict. decis.* 265., e *Molfes.* sulle Consuetudini Napolitane *p.* 14. *quest.* 26. In oltre, se taluno edificasse lateralmente, non già dirimpetto alle finestre del vicino, dee serbare la distanza di due palmi, e due terzi dall' estremità della finestra del vicino. Si noti ancora, che chi ha la sua casa attaccata al suolo del vicino, ed in essa finestra di prospetto, o di lume, può alzarla, e fare altri appartamenti, purchè serbi il numero, e la forma delle finestre,

che

che sono nell' antico appartamento, e ciò in forza della Consuetudine *si quis habet de apert. non fac.* Di vantaggio si può l' edifizio nuovo unire a quello del vicino, pagandosi la metà del prezzo del muro, se s' immettessero travi; o la quarta parte, se si appoggiassero *capita tegularum, & lacertum Astrici*, cioè l' estremità de' tetti, o dell'Astrico, giusta l'espressione della Consuetudine, *sed si recumbat, de servit.* Questo stabilimento si oppone direttamente al Jus Romano. Si può ancora unire il nuovo edifizio al muro del vicino, o che non ha finestre, o che l' ha solo di lume; purchè il nuovo edifizio si termini col tetto un palmo sotto a queste, e coll' astrico otto palmi, *cit. consuet. & si ex latere*. Non essendovi poi finestre nelle case del vicino, ma cadendo stillicidio, o fiume dal tetto o dall' astrico, chi congiunge con esse il nuovo edifizio; quando giunge al tetto, o all' astrico, dee allontanarsi per un palmo dall' edifizio antico, per dar luogo all'acqua; e poi può innalzare la fabbrica: ma nell' astrico a cielo, col quale termina il nuovo edifizio, dee alzare un muro di otto palmi senz' apertura; acciò non possa guar-

 darsi

darsi nelle case, o nel suolo del vicino. *Conf. si quis habens Conf. & idem, & Conf. quod si nolit. de apert. non fac.*

Sotto il titolo *de apert. non fac.* abbiamo tre Consuetudini intorno alla prescrizione delle servitù. La prima comincia *contra habentem*, e stabilisce, che non giovi la prescrizione, neppure di tempo lunghissimo contra colui, il quale avesse aperte finestre dirimpetto a *Casaleno*, o sia casa diruta, ove avesse immesso qualche peso, per la ragion, che si presume non averne scienza il padrone. La II. comincia *ubi aperitur*, e determina, che ritrovandosi Istrumento di divisione, che in Napoli dicevasi *nottizia*, nel quale fossero state costituite servitù, non si possono queste perdere, per prescrizione di lunghissimo tempo (o sia pel non uso, giusta il dritto comune) nè da' consorti, che fecero la divisione tra loro; nè da' loro successori universali, o singolari. L'ultima Consuetudine, che comincia *amplius*, prescrive, che nell' Istrumento di divisione non essendosi espressata servitù, il fondo s'intenda talmente libero, che non vi si possa acquistar servitù, nemmeno colla prescri-

zione

zione di lunghissimo tempo. Queste tre Consuetudini sembrano derivare dal Dritto Longobardo.

§. III.

Della Costituzione di Zenone sull' aspetto del Mare.

La Greca Costituzione dell' Imperadore Zenone nella *l. 12. C. de Ædif. privat.* concerne ancora la materia delle servitù, e presso noi ha suscitate delle quistioni. Essa prescrive „ chi „ vuol rifare la sua casa, ed impedire i lumi, „ ed il prospetto del vicino, dee avere il dritto „ di ciò fare costituito per convenzione, o per „ lungo uso. Non essendovi tal dritto, osser„ var dee la forma, ed il modo dell' edifizio „ antico, non eccedendo l' antica altezza, nè „ mutando la struttura, o le finestre di prospet„ to, o di lume. Volendo egli mutar la forma „ del primiero edifizio, o fabbricarne alcun no„ vello nel suo suolo, dee allontanarsi dalla ca„ sa del vicino per lo sapazio di dodici piedi: „ ma se col nuovo edifizio si togliesse al vicino

„ il

„ il diretto profpetto del mare, dee allontanarfi „ dal vicino per lo fpazio di cento piedi. Effendo inforto dubbio ne' tempi di Giuftiniano, fe quefta Coftituzione di Zenone doveva aver luogo nella fola Città di Coftantinopoli, o in tutto l'Impero, il medefimo Giuftiniano dichiarò con efpreffa legge, ch'è la 13. *cit. tit.*, doverfi offervare per tutte le Provincie, non folo per Coftantinopoli; e comminò pur anche la pena di dieci libbre d'oro, e della demolizione dell'edifizio, fe in frode di effa foffefi fatto, *Novella* 63. (5). Volle pure Giuftiniano, che il profpetto del Mare, fe anche foffe per trafverfo, non poteffe impedirfi, fe non interpofto lo fteffo fpazio di cento piedi *Nov.* 165. (6). Si è fortemente difputato fra' noftri Dottori, fe fiffatta Cofti- tuzio-

(5) Dalle parole della citata legge di Giuftiniano fi ravvifa l'errore di Dionigi Gotofredo, il quale opinò, che la Coftituzione Zenoniana, per quel, che riguarda il profpetto del mare, ebbe offervanza per la fola Città di Coftantinopoli.

(6) Cujacio, dietro l'autorità de' Greci Interpetri, eftefe quefta legge eziandio al profpetto de' monti; ma fenza fondamento, fe fi rifletta, che le leggi impeditive della natural libertà debbonfi ftrettamente interpetrare: oltrechè, fe quefta legge poteffe eftenderfi all'afpetto de' monti, s'impedirebbe oltremodo la libertà.

tuzione, per quel, che riguarda il prospetto del mare dovesse aver luogo nel nostro Regno. Il niegano Gizzio *in not. ad decis. 50. Capyciilatri, e de Luca de servit. discur.* 1. Lo affermano *Capecelatro cit. decis. 50. lib. 1. n. 22. De Rosa in Civ. Decr. Praxi lib. 13. Cap.* 28. La verità si è, che non sempre ne' nostri Tribunali, ma talvolta, si è osservata questa Zenoniana Costituzione, secondo le diverse circostanze del luogo, e delle persone; e non in tutta la sua estensione. Altrimenti sarebbero state infinite le liti, e massima la difficoltà di edificarsi in questa Città specialmente. Quindi a consulta del S.R.C. ebbesi per nulla la Costituzione di Zenone dal nostro Re con Dispaccio de' 24. Agosto 1776. e si permise edificare, perchè la Consuetudine Napolitana generalmente concede fabbricarsi dodici palmi lungi dalle finestre del vicino. *Dispac. p. 2. Tit. 136. Dispac. I. c. 2.*

§. IV.

§. IV.

Della nunziazione della Nuova Opera.

A difendere, e conservare le servitù, fu istituito quell' impedimento, che dicesi *NUNZIAZIONE DELLA NUOVA OPERA*. *NOVUM OPUS FACERE VIDETUR* disse Ulpiano nella *l.* 1. §. 2. *D. de novi oper. nunc. qui, aut ædificando, aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutet.* Non già chi recide alberi, o rifà l'edifizio ruinoso, *cit. l.* 1. §. 12. La nunziazione si fa per l'opera futura, poichè *si quid operis factum sit, quod fieri non debuit, cessat edictum, & erit transeundum ad interdictum, quod vi, aut clam factum sit*, disse il lodato Giureconsulto nella *cit. l.* 1. §. 1. Anticamente la nunciazione era o pubblica, o privata; quella facevasi con pubblica autorità, cioè coll' interdetto proibitorio, ch' era proprio della giurisdizione pretoria: questa facevasi con privata autorità, o con parole, o con opporre la mano, o gittare un sassolino, ch' era simbolo di lite, *l.* 5. §. 10. *cit. tit. V. Ever. Ottone Jurispr. Symbol.*

Symbol. exercit. 2. *c.* 9. Oggi la nunciazione dell'opera è solamente pubblica, mediante decreto *inibitorio* del Giudice, acciò i Fabbricatori desistano dall'opera incominciata. Abbiamo dalla *l.* 1. §. 16. *D. eod.* che la nunciazione si fa I. per conservare il Dritto nostro, come se alcuno fabbricasse nel luogo nostro, o immettesse qualche cosa nel nostro edifizio, *l.* 5. §. 8. *dict. tit.* II. per allontanare qualche danno, se alcuno edifica in guisa, che qualche pericolo si tema, onde debba dar la cauzione *damni infecti d. l.* 1. §. 17. III. per difendere il pubblico dritto, se alcuno edifica in luogo sacro, religioso, pubblico, o nel proprio suolo, ma contro alle leggi, *d.* §. 17. La nunciazione si fa *operi*, *non personæ*, al dir di Giavoleno *l.* 23. *D. eod.* val quanto dire, che si può dinunciare tanto al padrone dell'opera, quanto a coloro, che sono in luogo di esso, cioè a' fabbricatori, agli artefici, a' custodi, eziandio al furioso, ed all'infante, al dir di Ulpiano nella *l.* 10. *D. eod.* Paolo nella *l.* 11. *D. eod.* Dice in oltre Ulpiano nella *l.* 5. §. 5. *eod.*, *ac si res plurium sit, in qua novum opus fiat, & uni nuncietur, recte facta denunciatio est,*

omni-

omnibusque Dominis videtur denunciatum.

Per Dritto Romano chi dinunzia l'opera dovrebbe giurare *de calumnia*, *d. l. 5. §. 14.* il che non è in uso: ma per la prammatica del 1738. §. 1. *n.* 10. in questa metropoli dee far deposito di ducati 10., e nelle Provincie di ducati sei, o più, o meno, come al Giudice sembra, per aver il decreto *fabricatores desistant*, e si stabiliscono i Tavolarj in Napoli, e gli Esperti nelle Provincie, acciò riconoscano l'opera, e riferiscano fra giorni 30. continui, decorrendi dal primo dì giuridico, dopo la notifica del decreto. E' obbligo di chi dinunzia il proccurare la relazione fra detto tempo; scorso il quale è tolta *ipso jure* l'inibizione, siccome per Dispaccio del 1752. consono alla Prammatica si è sovranamente stabilito, *Dispacc. p. 2. tom. 4. tit.* 134. onde non possono eleggersi i periti dopo il detto mese. Se la relazione de' periti riuscisse contraria al dinunziante, chi è stato dinunziato potrà edificare, ed acquisterà, come per uso è ricevuto, la metà del deposito. Se si edifichi in disprezzo dell' inibizione, vuole Ulpiano nella *l. 20. §. 1. D. eod.*, che debbasi obbligare

re l'edificante alla demolizione a proprie spese, *etsi jus faciendi habuit*. Ma i nostri Forensi per equità sostengono, che quando il Giudice conosca non assistere ragione al denunziante, non debba sì facilmente permettere la demolizione.

Dice Paolo nella *l.* 8. §. 2. *eod.*, che il dinunziato può proseguire l'opera, quante volte prestasse la malleveria di demolire l'edifizio in caso di succumbenza. Ma Giustiniano avendo prescritto, che simili giudizj si fossero terminati fra tre mesi, stabilì ancora, che non si permettesse l'edificare, nemmeno colla malleveria, *l. un. C. de nov. op. nunc.* E molto meno si dovrebbe oggi ciò permettere, avendo la lodata Prammatica del 1738. ordinato, che simili liti fra lo spazio di un mese si dovessero definire.

La dinunziazione finalmente può togliersi, o coll' autorità del Magistrato, la quale abolizione dicesi nelle Pandette *remissio*, e perciò ivi abbiamo il *tit. de remissionib.* o pure per private cause, come sarebbe per convenzione delle parti, quante volte il dinunziante permette di edificare. *l.* 1. §. 10. *eod.* o colla morte del dinunziante, *l.* 8. §. 6.

8. §. 6. (7) o quando si alieni la cosa dallo stesso dinunziante, *cit. l.* 8. §. 6., e 7. Per Dritto del nostro Regno, se il dinunziante fra un mese non abbia dimostrato il suo dritto, con proccurare la relazione de' periti a suo favore, elasso detto tempo, resta *ipso jure* tolta l'inibizione, a tenore della lodata Costituzione del 1738., come di sopra si è detto. In materia della nunciazione abbiamo due Consuetudini Napolitane, sotto il titolo *de nov. oper. nunciat.* La prima comincia *si quis impediat*, e stabilisce, che colui, il quale dinunzia l'opera nuova al vicino, che fabbrica, possa dal Giudice astringersi a spiegare la causa nell'istanza della inibizione, ed a provarla fra un dato tempo; e che se tre

(7) Dice il Giureconsulto Paolo in questa *l. morte ejus, qui nunciavit, extinguitur nunciatio, sicut alienatione, quia iis modis finitur Jus prohibendi*. Ma non si estingue la nunziazione colla morte di colui, al quale si è nunziato, o coll'alienazione del fondo, ed a tal proposito dice l'istesso Giureconsulto nella *cit. l.* §. 7., *quod si is, cui opus novum nunciatum erat, decesserit, vel ades alienaverit, non estinguitur novi operis nunciatio; idque ex eo apparet, quod in stipulatione qua ex caussa interponitur, etiam heredis mentio fit*. Da tutto ciò si rileva, che la nunciazione della nuova opera in persona del dinunciante fosse personale, ma in persona di quello, cui si è fatta la dinunziazione, fosse reale.

ſe tre volte chiamato in giudizio, a ciò non adempia, ſi permetta l'edificare. Ma queſto arbitrio del Giudice di ſtabilire breve, o lungo tempo a provare la cauſa della dinunziazione (contra il jus comune, ſecondo il quale tal pruova ſi faceva fra un anno, che Giuſtiniano poi la riduſſe a tre meſi, *l. un. C. de nov. op. nunc.*) è tolto per la riferita Prammatica del 1738., mentre dee il dinunziante fra un meſe provare la cauſa della dinunziazione. La ſeconda, che comincia, *idem eſt:* determina, che ſi dee dal Giudice permettere il paſſaggio a colui, cui è ſtato proibito, ſe chi lo proibì, tre volte chiamato in giudizio non ſpieghi la cauſa della proibizione, o ſe l'abbia ſpiegata, non lo dimoſtri fra 'l tempo determinato dal Giudice. Ma queſta Conſuetudine riguarda piuttoſto l'azione confeſſoria, e perciò non vien derogata dalla enunziata Prammatica del 1738.

TIT. IV.

De usufructu.

§. I.

SI è parlato finora delle servitù *prediali*, nelle quali il predio serve al predio; a queste si oppongono le *personali*, quando il predio serve alla persona. La prima di queste si è l'*usufrutto*, di cui si tratta in questo Titolo. L'usufrutto si definisce: *Jus alienis rebus utendi, fruendi, salva earum substantia pr. Inst. h. t. l.* 1. *D. de usufr.* Dicesi *Jus* per rispetto all' usufruttuario, e per ragion del proprietario dicesi *servitù*. Si è detto *alienis rebus*, giacchè non si dà *servitù* sulla propria roba, per quell'assioma del Dritto, *res sua nemini servit, l.* 5. *pr. si us. pet.*, *l.* 2. *de serv. præd. urb.. Utendi, fruendi*, perchè nel Dritto si distinguono questi due vocaboli: l'*uti* vien circoscritto dalla necessità della persona: il *frui* poi comprende l' uso *etiam ad voluptatem*; giusta l'espressione di Seneca *de vita beata c.* 10. Perciò è meno nell'*uso*, che nel *frutto*; e sebbene

bene questi due vocaboli *uti*, *frui* soglionsi unire per esprimere l'usufrutto, pure leggendosi li *fructus*, vale lo stesso, che se si leggesse *usufructus*, giacchè nel frutto vien compreso l'*uso*, *l.* 41. *D. de usu*, *& usufr.* Finalmente si è detto nella definizione, *salva earum substantia*, poichè altrimenti non sarebbe *uti*, ma *abuti*, e giusta l'espressione di Donato *ad Terent. Andr. prol.*, *disperdere rem*, *& fructum*. *V. Gerard. Noodt. de usufr. l. 1. c. 1.* Ecco, perchè l'usufrutto è meno del dominio, giacchè il vero padrone può *rem disperdere*.

§. II.

Dalla spiegata nozione del vocabolo *usufrutto*, ben si raccoglie, che l'usufruttuario può percepire tutt'i frutti civili, e naturali, non solamente in quanto alla necessità, ma eziandio in quanto alla voluttà, *l. 7. pr. & l. 12. §. 1. D. de usufr.* Però i frutti ordinarj, non già gli estraordinarj, come sarebbe il tesoro, *qui in fructum non computatur*, al dir di Ulpiano nella *l. 7. §. 12. sol. matrim.* Il parto della Schiava

 nem-

nemmeno entra nell' usufrutto, *l. 68. pr. D. de usufr.* §. 37. *Inst. de rer. div.*, ove Triboniano ne rende questa ragione, *absurdum enim videtur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit* (1). Può l' usufruttuario locare la cosa, di cui ha l' usufrutto, anzi vendere, e cedere ad altrui i frutti, ma non il dritto dell' usufrutto, cioè, che non si può nell' estraneo trasferire il *jus in re*, poichè in questo caso *nihil agitur* (2), come dice Tri-

(1) Questa ragione è tutta Stoica, poichè dicevano i Filosofi Stoici, che la natura tutto produce a vantaggio degli uomini; *Cic. de Off. lib. I. cap. 6. de nat. Deor. lib. II. c. 62. de Fin. lib. III. c. 10.*

(2) Giano a Costa in questo §. Wesembecio *Par. h. t.*, e molti altri interpetrano queste parole *nihil agi* di *Tribon.* come se fossesi detto, che la cessione fatta all' estraneo si abbia per non fatta, e conseguentemente l' usufrutto non passa all' estraneo, nè tampoco ritorna al padrone della proprietà; ma rimane presso lo stesso usufruttuario. Per l' opposto Accursio, Cujacio, Vinnio, e Gerardo Noodt interpetrano quel *nihil agi* per rispetto all' estraneo, cioè, che a costui niente si trasferisca, ma *utiliter agi* in persona del padrone della proprietà, al quale immediatamente si acquista l' usufrutto, e si fortificano sul Testo di Pomponio nella *l. 66. de J. D.*, dove sul caso, che l' usufrutto erasi ceduto a chi non avea la proprietà, rispose *nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*, cioè, che subito l' usufrutto passi a consolidarsi colla proprietà, sicome

Triboniano nel §. 3. *h. t.*

§. III.

Da quelle parole *salva rerum substantia*, ben

I 3 si

come la spezie del Tèsto dimostra; nè sarebbe oscura la ragion di questa legge; l'usufrutto essendo un dritto inerente alla persona, non può passare all'estraneo. All'incontro il fruttuario colla cessione fatta all'estraneo viene a spogliarsi di un tale dritto, e depone l'animo di volersene valere; or dunque non potendo costui contra voglia ritener quel dritto, di cui ha voluto privarsi, dee necessariamente ritornare al proprietario. Avvertasi però, che la cessione, di cui fa menzione Pomponio, era quella, che per dritto antico diceasi *cessio in Jure*, la quale faceasi presso il Pretore con certo rito. V. Boezio *lib. III. in Topic. Cicer.*, ed *Ulp. Fragm. Tit XI.*, & *XIX.*, e l'effetto si era, che il cedente rimaneva privo di tutto il dritto, che avea, trasferendolo nel cessionario. E certamente Triboniano nella *cit. l. 66.* espunse quell'*in Jure*, che Pomponio necessariamente dovette esprimere, quando menzionò la cessione dell'usufrutto, per lo motivo forse, che Giustiniano, avea abolita la distinzione del dominio Quiritario, e bonitario, e de' modi, con cui quello acquistavasi, fra' quali era la cessione *in Jure*. Merita però Giustiniano di essere censurato, per aver lasciati nelle Pandette i vestigj del *Jus* antico. Ciò posto il Giureconsulto D. Giuseppe Cirillo *Inst. h. t.* dottamente opinò, che dovesse distinguersi il dritto antico dal nuovo; in forza di quello l'usufrutto ceduto all'estraneo estinguevasi, come abbiamo dal Testo di Pomponio: in virtù del dritto nuovo, ceduto al pro-

ſi raccoglie, che l' uſufruttuario *quaſi bonus Paterfam. uti debet*, al dir di Triboniano §. 38. *de rer. div.* onde avendo l' uſufrutto del gregge (3), dee *in locum demortuorum capitum, vel inutilium* al dir di Pomponio nella *l.* 69. *C. h. t.* come di quegli affetti da vecchiaja, o da altro vizio del corpo, *ex fœtu* (4) *ſubmittere;* ed avendo l' uſufrutto del fondo, *in vinearum demortuarum, vel arborum locum, alias ſubſtituere*, al dir dello ſteſſo Triboniano *ibidem.* Non può il fruttuario mutar la coſa, neppure in miglior forma, *l.* 13. §. 2. & 3. *D. eod.*, e dee ſoſtenere i peſi annneſſi alla coſa, come i tri-

proprietario ſi eſtingue, ceduto all' eſtraneo non paſſa a coſtui, nè ritorna al proprietario, ma rimane preſſo l' uſufruttuario, come ſi dimoſtra dal citato luogo di Triboniano. Ci fa meraviglia, come il dotto Cavallari *Inſt. h. t.* ſmaltiſca per ſua queſta opinione.

(3) Parla Triboniano dell' uſufrutto del gregge, come univerſità; dove ſebbene contenganſi più capi, non di meno riputaſi l' uſufrutto, come di una coſa ſola; e per conſeguente coſtituito l' uſufrutto di più pecore, non è tenuto l' uſufruttuario, in luogo delle morte ſoſtituir delle altre, poichè riputanſi tanti uſufrutti, quante ſono le pecore, e colla morte di una ſi eſtingue l' uſufrutto di eſſa *l.* 70. §. 3. *h. t.*

(4) O, come dice Ulpiano nella *l.* 68. §. 2. *h. t.*, *ex adgnatis*, vale a dire, che ſe non ne naſcono, non è tenuto l' uſufruttuario ſupplire il gregge.

i tributi &c. *cit. l.* 7. §. 2. E' egli tenuto prestar la cauzione di servirsi della cosa da buon padre di famiglia, e di doverla poi restituire, purchè l'usufrutto non fosse costituito dalla legge, *l.* 1. *pr. D. usufruct. quem. cav. l. ult.* §. 4. *C. de bonis, quæ lib.*, nè a questa cauzione può dispensare il testatore, sì bene l'erede, *l.* 1. *C. h. t.*

§. IV.

Dallo stesso principio siegue, che l'usufrutto non può consistere nelle cose fungibili, cioè in quelle, che si consumano coll'uso, *nam hæ res*, al dir di Triboniano §. 2. *h. t.*, *neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero, sunt vinum, oleum, vestimenta* (5) *quibus proxima est pecunia numerata* (6) *: nam-*

(5) Errò Triboniano coll'annoverare fra le cose fungibili, che non ammettono l'usufrutto, eziandio le vesti, quandochè queste ammettono il vero usufrutto, *L.* 15. §. 4. *D. de usufruct.* Forsi all'errore di Triboniano diè causa il Testo di Ulpiano nella *l.* 1. *D. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* da lui malamente inteso. *V. Vinn.* §. 2. *h. t.*

(6) Ma dice Pomponio nella *l.* 28. *D. de usufr.*, che

quae ipso usu assidua permutatione quodammodo (7) *extinguitur*. Ma sotto Tiberio con un Senatoconsulto fu stabilito, che di queste cose si desse il *quasi* usufrutto, e giusta l'espressione di Cajo nella *l.* 2, §. 1. *D. de usufr. ear. rer., qua usu consum.; remedio introducto cœpit, quasi ususfructus haberi*. Il rimedio fu la cauzione, che deve dare il quasi usufruttuario, che seguendo la sua morte, o diminuzione di capo, dovesse restituire la roba dello stesso genere, quantità, e qualità, o pure di dovere restituire la somma, per la quale verrà estimata, §. 2. *Inst. h. t. l.* 7., & 8. *cit. tit.*

§. V.

che sussista l'usufrutto *numismatum aureorum, vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti solent*. Come debbans' intendere queste parole, V. il chiarissimo Gerardo Noodt *de usufr. lib.* 1. *c.* 4.

(7) Dice *quodammodo*, poichè al dir del citato Vinnio in questo §., *non ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, & re vera, ac naturaliter perit: ut enim pecuniam maxime cum re permutemus, solvamus, donemus alii, semper tamen manent ipsa corpora nummorum*. Il denaro dicesi estinto per rispetto a colui, che lo spende, non in se stesso: il danaro non si consuma coll'uso, come consumasi l'olio, il grano.

§. V.

Si costituisce l' usufrutto. I. *Dalla legge*, come al padre, del peculio avventizio del figlio di famiglia, *l. 6. C. de bonis, quæ lib.* Al conjuge, che passa a seconde nozze su de' beni pervenutigli dalla liberalità del conjuge defunto, *l. 3., & 5. & auth. seq. C. de secund. nupt.* II. Dal *Giudice* ne' giudizj divisorj, il che devesi praticare di raro, *l. 6. §. 1. D. h. t. l. 6. §. 10. D. com. divid. l. 16. §. 1. D. fam. ercisc.* III. Dal padrone, o per ultima volontà, o per mezzo de' patti, e delle stipulazioni, *l. 11. D. de serv. præd. rustic.* o pure per la tacita volontà, che si presume dalla prescrizione di lungo tempo *l. ult. in fin. C. de long. temp. præscr.*

§. VI.

Finisce l' usufrutto colla morte naturale dell' usufruttuario, §. 3. *Inst. h. t.* (8). E poichè la

(8) Se si tratti di usufrutto dovuto a qualche Città, estinguesi dopo 100. anni, ch' è la più lunga vita di un uomo, *l. 56. D. de usufr. Noodt de usufr. ibid. cap. 6.* Ma prima di 100. anni può morire la Città, o quando venisse soppressa dal terremoto, o dalle rovine, o pu-

la massima, o media diminuzione di capo si equiparano alla morte, anche con queste si estingue l' usufrutto *cit.* §. 3. *Inst. l.* 16. *pr.* §. 1. *& seq. C. h. t.* (9). Colla *consolidazione*, per la massima del dritto sopraccitata, che la propria roba a niuno serve, *cit.* §. 3. *Inst.* Col *non uso*, *cit.* §. 3. (10); cioè di dieci anni tra' presenti, e di venti fra gli assenti, *l. pen.* §. 1. *C. de usufr. l.* 13. *C. de serv.* Finalmente finisce l'usufrutto estinta la cosa, sulla quale fu costituito, *& ne area quidem usumfructum deberi*, dice Tribonia-

o pure *inducto aratro*, come avvenne di Cartagine, al dir di Modestino nella *l.* 21. *D. quib. mod. usufr. amitt.* Imperocchè, siccome nel fondar le Città adoperavasi l' aratro, per fabbricarsi le mura, ove veniva tirato il solco da' Triumviri *Coloniae deducendae*, onde poi le mura venivano dalla Religione occupate; così quando per tutta l'aja della Città inducevasi l'aratro, diveniva *sacra*, e non potevasi da veruno de' mortali abitare, V. Pietro Fabro *Serm. I.* 8.

(9) Anticamente eziandio colla minima, *Paull. recept. sentent. lib. III. c.* 6. ma ciò da Giustiniano fu abolito nella *l. pen. C. h. t.*

(10) Dice Tribon. in questo §., che finisce l' usufrutto *non utendo per modum*, *& tempus*; che che ne dicano Vinnio, ed altri, debbons' intendere queste parole, come se fossesi detto *per tempus moderatum*, cioè pe'l tempo definito dalla legge, siccome pensò Accursio, e dietro lui il chiarissimo *Noodt cap.* 9. ove con molti esempj tratti dagli autori Latini illustra questa opinione.

boniano §. 3. Diceſi *interire* la coſa ; ed eſtinguerſi l'uſufrutto, quando viene talmente la coſa a mutarſi, che ſecondo il comun parlare non poſſa ritenere il priſtino nome, ſu di che ſi leggano Vinnio, nel *cit.* §. e *Gerard. Noodt. de uſufr.* II. 11. Così p. e. ſe la caſa foſſe crollata, o 'l fondo foſſe divenuto ſtagno.

TIT. VI.

De usu, & habitatione.

§. I.

DOpo aver trattato della prima spezie delle servitù personali, passa Giustiniano a trattar delle altre, che sono l'*uso*, e l'*abitazione*. Quello si definisce essere il *Dritto di servirci delle altrui cose, salva la di loro sostanza, per quanto la necessità richiede*. Poichè l'*uso* vien circoscritto dalla quotidiana necessità, dice qui Triboniano *minus est in usu, quam in usufructu*, §. 1. *Inst. h. t.*, il che compruova cogli esempj dell'usuario del fondo, il quale può servirsi de' soli frutti ordinarj *ad usum quotidianum*, *cit.* §. 1. *l.* 12. §. 1. *D. h. t.*, (1) ma non locarli, vendergli, o donargli ad altri, *cit.* §. 1.; dell' usua-

(1) Han molto faticato gli eruditi Interpetri nell' indovinare, perchè Nerva nella *cit. l.* 12. abbia negato all' usuario il potersi servire *foliis*. Varie emendazioni escogitarono Cujacio, Connano, e Giacom. Gotofr. Ma non è del nostro istituto trattenerci in queste non necessarie quistioni.

usuario delle case; il quale può abitarle, per quanto chiede il necessario uso della famiglia, ed appena può riceverci l'ospite (2) §. 2. *Inst. h. t.*; dell'usuario delle pecore, od altro bestiame, il quale non può servirsi del latte (3), nè degli agnelli, nè della lana, *quia ea in fructu non sunt*, al dir del medesimo Triboniano §. 4. *cit. l.* 12. §. 2., & 3.; può però servirsi del bestiame *ad stercorandum agrum*, *cit.* §. 4. *Inst.*; Dell' usuario del servo; del quale può servirsi soltanto *opera*, & *ministerio* §. 3. *eod.*

§. II.

L'uso si costituisce, e si estingue, come l' usufrutto, *pr. Inst. h. t.* Ben inteso, che l'usufrutto può costituirsi *pro parte*, ma non così l' uso,

(2) Che non possa l'usuario locare l'abitazione di quelle case, delle quali ha l'uso, deesi intendere, se egli non volesse coabitare coll'Inquilino, ma può locare parte di quelle, ove egli medesimo abita: perciò disse Labeone, *eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere l.* 2. *D. h. t.* ma notò Proculo, perchè Labeone impropriamente chiamò *Inquilino* quello, che abita coll'usuario, come ce ne fa testimonianza Ulpiano nella *l.* 4. *eod.*

(3) Sebbene Ulpiano nella *l.* 12. §. 2. *h. t.* disse, *etiam modico lacte usurum puto*.

uso, *l. 5. D. de usufr. l. 19. h. t.*, imperocchè l'usufrutto è dividuo, ma l'uso è individuo, siccome è individua la necessità, in cui consiste, ond'è, che l'uso conviene colle servitù prediali, le quali consistono nel solo uso, e sono parimente individue, *l. 17. D. de serv. l. 1. §. 9. D. ad L. Falcid. V. il chiariss. Vinn. h. t.*

§. III.

L'*abitazione*, è il *dritto di abitare nelle altrui case, salva la di loro sostanza*. Gli antichi Giureconsulti disputarono della natura di questa spezie di servitù. I Proculejani la facean simile all'usufrutto; i Sabiniani all'uso: Giavoleno l'ebbe, come una cosa terza conveniente in parte alla natura dell'uso, e dell'usufrutto, ed in parte discordante. Giustiniano decise uniforme alla sentenza di Giavoleno, *l. 13. C. de usufr. §. 5. Inst. h. t.* Invero chi ha l'abitazione può locarla, come il fruttuario, e percepirne l'utile in qualsivoglia maniera, cioè dalle parti delle case destinate all'abitazione *l. 13. C. de usufr. cit.*

§. 5.

§. 5.. Ma non può donarla (dove si rassomiglia all' usuario) *l.* 10. *pr. D. h. t.*, ove vedi Voet, il quale dimostra a questo proposito, come debbasi intendere il Testo di Viviano nella *l.* 1. §. 1. *D. commodati*. All' incontro l' abitazione non si estingue colla diminuzione del capo, o col non uso, *cit. l.* 10. *pr.* siccome si estinguono l' usufrutto, e l' uso. Di cui Modestino rende questa sottilissima ragione, perchè l' abitazione, *potius in facto, quam in jure consistit. l.* 10. *D. de cap. minut.*

§. IV.

Dovea Triboniano in questo titolo far menzione della terza spezie delle servitù personali, cioè *le opere de' servi*, onde abbiamo il Titolo nelle Pandette *de oper. serv.* (4). Si definisce que-

(4) Parimente fu in quistione se le opere de' servi si dovessero riferire all' uso, o all'usufrutto. Cajo le riferiva all'usufrutto nella *l.* 4. *D. de oper. serv.* Terenzio Clemente all'uso nella *l.* 5. *eod.* Paolo sostenne non potersi riferire, nè all' uso, nè all'usufrutto, *l.* 1. §. 9. *ad l. Falcid.* E veramente di questa spezie di servitù dee dir-

questa servitù, *essere il dritto di percepire ogni utilità dalle opere del servo altrui*, *l. 3. cit. tit.* Quindi è meno nelle opere, che nell'usufrutto del servo: poichè quegli, a cui è legata la servitù delle opere, può ricavar l'utile delle sole opere del servo; per l'opposto colui, al quale è legato l'usufrutto del servo, può far lucro del servo in qualunque guisa §. 4. *Inst. per quas pers. cuiq. adqu.* E finalmente è più nella servitù delle opere, che in quella dell'uso del servo; perchè quella non viene circoscritta dalla sola necessità, e può locarsi ad altrui, *l. 2. D. de usu, & usufr. legato.*

TIT.

dirsi, come decise Giustiniano dell'abitazione, nella *cit. l. 13. C. de usufr.*, che avesse *Jus proprium, & specialem naturam.*

TIT. VI.

De usucapionibus, & longi temporis præscriptionibus.

§. I.

SI trattò nel Titolo I. di questo libro de modi di acquistare il dominio, che sono de dritto *delle Genti*: passa l'Imperadore a trattare de' modi *civili*, i quali sono, o *universali*, o *particolari*, con quei *si trasferisce in noi l'altrui dritto universale*, *con questi acquistiam' il dominio di una particolar cosa*. Degli *universali* se ne annoverano VI. I. *hereditatis adquisitio*. II. *Bonorum possessio*. III. *Adrogatio*. IV. *Addictio bonorum libertatum servandarum caussa*. V. *Sectio bonorum*. VI. *Et Senatusconsultum Claud.* Del primo si tratterà dal X. Tit. di questo libro fino al XIX., ed anche nel principio del Lib. III.; del secondo nel Tit. X. dello stesso Lib. III.; del III. nel Tit. XI.; del quarto nel Tit. XII. del quinto, e sesto nel Tit. XIII. I *singolari* sono quattro. I. *Usucapio*, del quale si tratter*a*

in questo Tit. II. *Donatio*, di cui si tratterà nel Tit. VII. III. *Legatum*, di cui nel Tit. XX. IV. *Fideicommissum*, di cui nel Tit. XXIV. (1).

§. II.

L'usucapione (2) si definisce da Modestino, *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti l. 3. D. de usurp., & usucap.* Più distintamente poteasi definire, essere *un dritto, col quale l'altrui cosa, ancorchè non nostra, acquistasi a noi, dopo averla, per lo spazio del tempo dalla legge definito, con buona fede, e giusto*

(1) Nell'antica giurisprudenza furonvi altri modi particolari, come la *mancipazione*, la *cessione in Jure*, ed altri, de' quali V. Einoccio *Ant. lib. I. Tit. I.* ma nella nuova giurisprudenza, toltasi la distinzione delle cose *mancipi*, & *nec mancipi*, e de dominj, ed abolitasi ancora molto tempo prima di Giustiniano la *convenzione in manum*; l'Imperadore non si curò di trattare di tutti, ma soltanto di quei più adattabili all'uso nella nostra giurisprudenza. Furonvi ancora altri modi *universali*, come *uxoris conventio in manum viri*, delle quali si trattò nel *Tit. de Nupt. successio Fisci in bona damnatorum*, & *bona vacantia*.

(2) *Usucapio quasi capio per usum*, cioè l'acquisto per mezzo del possesso, giacchè *usus* presso i Latini dinotò possesso. Oraz. Epist. *lib. II. v. 159.* Presso gli antichi fu detta *usus auctoritas*.

sto titolo continuamente posseduta. Anticamente (3) però si distingueva dall' usucapione la prescrizione, la quale era un' *eccezione, con cui il possessore dell' altrui cosa, dopo averla posseduta per lungo tempo, si opponeva al padrone, che voleva vindicarla*. La prescrizione non produceva il dominio quiritario e civile, ma l' eccezione, e 'l dominio bonitario, e perciò avea luogo ancora nelle

(3) E' molto verisimile, che l' usucapione derivò a' Romani dal dritto Attico. Certamente Platone, il quale per lo più seguiva il dritto Attico, l' ammise nella sua Repubblica. V. *Plat. de legib. XII. p. 691.* Le LL. Decemvirali dunque introdussero in Roma l' usucapione, giacchè in esse si leggeva, *usus auctoritas fundi biennii caeterarum rerum annuus usus esto*, Gotofred. *ad l. XII. Tab. VI.* E perciò presso i Romani le cose immobili si *usucapivano* col biennio, le cose mobili coll'anno. Ma poicchè nel tempo del Dritto Decemvirale la Romana potenza non oltrepassava i confini dell'Italia, ne avvenne, che l'usucapione non poteva aver luogo, se non se ne' fondi Italici, o d' Italico dritto. Di poi, dilatato il Romano Impero, molto fuora d' Italia, colla interpetrazione de' Prudenti s' introdusse, che per l' usucapione della cosa mobile esistente dovunque, cioè o in Italia, o nelle Provincie, bastasse un anno; del fondo poi, o sia della cosa immobile sita solamente nel suolo Italico, non già nelle Provincie, si richiedesse il biennio. Diceasi suolo Italico non solo il fondo sito fra' confini dell' Italia, ma eziandio quello posto in que' luoghi delle Provincie, i quali dicevansi essere *Italici Juris*. *Ulp. in l. 1. de censib.* Ed in vero la proprietà de' fondi provinciali non era presso i privati, ma presso il popolo, e perciò non potea con quegli aver luogo l' usucapione. V. Gian-Vincenzo Gravina *de legib. XII. Tab.*

nelle cose incorporali, e ne' predj provinciali; ma l' usucapione valeva solamente per li fondi Italici, e per le cose mobili. L' usucapione richiedeva un anno nelle cose mobili, ed un biennio nelle cose immobili; la prescrizione dieci anni fra' presenti, e venti fra gli assenti (4). Sembra dunque la prescrizione essere introdotta dalle Costituzioni de' Principi, per supplire all' usucapione *pr.* §. 1., *&* 2. *Inst. h. t.* Ma Giustiniano, tolte tali distinzioni, ridusse in uno l' usucapione, e la prescrizione di lungo tempo, e ciò, che mancava all' una, lo supplì dall' altra, *l. un. C. de usucap. transf.*, e ritenne ancora la prescrizione di lunghissimo tempo in certi casi.

§. III.

Sulle prime fa d' uopo vedere quali cose si possono *usucapere*. Alcune cose per natura non sono suscettibili di usucapione: alcune altre accidentalmente. Per natura non si possono *usucape-*

re

(4) La differenza fra l' usucapione, e la prescrizione vien chiaramente dimostrata dal dottissimo Giac. Revard. *Tribon. VIII. seq.*

re le cose esenti dal commercio, come le cose sante, sacre, religiose, e l'uomo libero. §. 1. *Inst. h. t. l. 9. D. de usurp.*, *& usucap.* Parimente le cose incorporali, le quali non possono possedersi, *l. 14. pr. D. de serv. l. 43. §. 1. D. de adqu. rer. dom. l. 3. pr. D. de adqu. poss.* (5). Ma poichè le cose incorporali quasi si posseggono, e sono riputate fra' beni, perciò Giustiniano volle, che si avessero potuto prescrivere, *l. ult. C. de long. temp. præscr.* Quindi è, che nè la buona fede, nè il giusto titolo, nè la scienza del padrone, avverso del quale si prescrive, si richieggono nella prescrizione delle servitù. V. *Zacc. Ubero observ. rer. judic. XIII.* Altre cose sono accidentalmente imprescrittibili, per divieto della legge, ancorchè fossero in commercio: co-

(5) I Giureconsulti però contra i principj del dritto aveano eziandio introdotta l'usucapione delle servitù, come appare dalle parole di Cicerone *pro A. Cecin. XXVI.* Quindi fu promulgata la L. Scribonia, di cui V. *Revardo ad l. Scribon.* 1. vietante l'usucapione delle servitù *l. 4. §. ult. D. de usurp., & usucap.* Ma anche dopo questa legge cominciarono i Pretori a coadjuvare coll'azione utile tutti coloro, i quali per lungo tempo avean quasi posseduta la servitù, *neque vi, neque clam, neque precario*, *l. 10. pr. D. si serv. vindic.* Sino a che Giustiniano ammise indistintamente la prescrizione delle servitù, *l. ult. C. de long. temp. præscr.*

sì sono le cose furtive, e possedute per violenza (6) *Inst. h. t.*, le quali non si possono prescrivere, non solo dal ladro stesso, o dall' invasore (i quali per altro principio non possono usucapere, cioè per la mala fede) ma da qualunque altro possessore, ancorchè fosse in buona fede, e vantasse il giusto titolo §. 3. *Inst. h. t.* Imperocchè sempre le cose passano col proprio vizio

(6) Circa le cose furtive, stabilì il Dritto *Xvirale*, *quod subreptum est, ejus aeterna auctoritas esto*; cioè, che il padrone abbia sempre il dritto di vindicar la roba rubatagli. Lo stesso poi fu determinato dalla *l. Atinia*, la cui epoca è incerta. Ad Eineccio *ant. h. t.* sembra verisimile la congettura di Pighio *Ann. Tom. II. p.* 255., cioè, che si fosse promulgata nell' A. della C. DLVI., essendo Cons. C. Cornel. Cetego, e Q. Minuzio Rufo, da C. Atinio Labeone Trib. della Plebe. Di questa L. fan menzione Paolo nella *l.* 4. §. 6. *de usurp.*, & *usucap.*, e Giuliano nella *l.* 33. *pr. D. eod.* Seguirono le LL. Giulia, e Plauzia, le quali proibirono l'usucapione delle cose possedute con forza, egualmente, che delle cose furtive per la cennata *L. Atinia*. Furono due leggi distinte la Giulia, e la Plauzia, non ostante che se ne facesse menzione, come di una sola, nella *l.* 33. §. 2. *D. de usurp.*, & *usucap.*, e nel §. 2. *Inst. h. t.* la Plauzia fu più antica della Giulia. Forse quella fu promulgata nell' A. della C. DCLXIV. da M. Plauzio Trib. dalla Plebe, essendo Cons. Cn. Pomp. Strabone, e L. Porcio Catone, come dimostrò il lodato Pighio *Annal. T. III.* La Giulia, siccome osservò Otomano *de legibus*, non è diversa da quella promulgata da Augusto *de vi publica*, & *privata*.

vizio, di cui da principio sono affette. *l.* 11. *C. de adqu. poss.* In un caso solo si rendono capaci di usucapione, quante volte venisse *purgato* il di loro vizio, cioè, che ritornassero *in potestatem Domini*, §. 3. *Inst. h. t. l.* 24. §. 1. *de usurp.*, *&* *usucap.* Le cose del Fisco sono anche esenti dalla usucapione, *l.* 18. *&* 24. §. 1. *D. de usurp.*, *&* *usucap.*, per la ragione, che interessa al Pubblico, che l' oscitanza del Procuratore non pregiudichi al Fisco. Fra i beni Fiscali sono ancora i beni *vacanti*, cioè quelli, che non hanno eredi, nè possessore, *l.* 1. §. 2. *D. de Jure Fisci*; ma prima di essere al Fisco denunziati, si possono usucapere, *l.* 18. *D. de usurp.*, *&* *usucap.* In oltre non ha luogo l' usucapione nelle cose della Chiesa, *l.* 13. *C. de SS. Eccl.*; de' pupilli, de' minori, *l.* 2. *C. pro empt.*, *l.* 3. *C. quib. non objicit. long. temp. praescript.*; de' figli di famiglia, *l.* 1. §. 2. *C. de annal. except.*; ed in altre cose, delle quali è vietata l' alienazione, o per legge, o per testamento. *l.* 12., *&* 24. *D. de usurp.*, *&* *usucap.*

§. IV.

Veggiamo ora quali sieno i requisiti dell' usucapione, e prescrizione. Il I. è la buona fede, la quale non è altro, *che l'opinione del possessore, d' esser egli il padrone della cosa*, *pr. Inst. h. t. l.* 109. *D. de V. S.* Basta, che la buona fede concorra nel possessore, allorchè comincia a possedere, onde sopravvenendo poi la mala fede, non è a lui di nocumento. *l.* 44. §. 2. *D. de usurp.*, *&* *usucap.*, *l. un. C. de usucap. transf.* Altrimenti è per dritto Canonico, il quale richiede la buona fede continua, *cap.* 2., *&* 5. *ex. de praescript.* Il II. requisito è il *giusto titolo*, *o sia la causa abile a trasferire il dominio pr. Inst. h. t. l.* 24. *C. de rei vind.* Il titolo dee essere non solamente giusto, ma eziandio vero, perchè il titolo supposto, e falso, non giova. Quindi l'opinione erronea di una giusta causa non vale per l'usucapione, come se taluno, non avendo realmente comprato possegga sulla supposizione di aver comprato §. 6. *Inst. h. t. l.* 17. *D. de usurp.* *&* *usucap.*, purchè l' errore non fosse giusto, come sarebbe l' errore del fatto alieno, *l.* 11.,

&

& 14. D. pro empt. Nemmeno il contratto simulato, e finto giova all' usucapione, *l. 1. C. plus valere quod agitur*, nè il titolo rivocabile, come la donazione *mortis caussa*, *l. 13. pr.*, ove disse Giuliano, *si alienam rem mortis caussa donavero, eaque usucapta fuerit, verus dominus, eam condicere non potest, sed ego, si convaluero*. Il III. requisito si è la *qualità della cosa*, cioè, che sia capace dell'usucapione, ma ne abbiamo parlato nell'antecedente §. Il IV. *si è il tempo dalla legge definito*, il quale per dritto antico era l'anno nella cosa mobile, il biennio nella cosa immobile, come si è detto nel §. II. ma Giustiniano definì un triennio per la cosa mobile, e 'l decennio per la cosa immobile tra' presenti, e 'l vicennio fra gli assenti, *pr. Inst. h. t. l. un. C. de usucap. transfer.* (7). Il V. *requisito è il continuo possesso*. Qui però s'intende il *possesso civile*, non già il *naturale* (*Tit. I.* §.

(7) Dunque gli anni dell'assenza si duplicano, o, che vale lo stesso, tanti anni si aggiungono al decennio, per quanti il vero padrone fra 'l decennio fu assente *Nov. 119. cap. 8.* Presenti si dicono quei, che hanno il domicilio nella stessa Provincia; assenti quei, che lo hanno in diverse Provincie, *l. ult. C. de praescript. long. tem.*, nella quale V. Cujac.

l. §. *XVIII.*) *l.* 25. *D. de usurp., & usucap.* Quindi è, che il fruttuario, il colono, l'inquilino, e chiunque altro possegga, senza animo di padrone, non possono giammai usucapere, *l.* 33. §. 4. *D. eod.* Il successore continua il possesso del suo Autore, ben inteso, che il successore universale, quando il defunto abbia cominciato a possedere con buona fede, può usucapere, ancorchè egli sia in mala fede §. 7. *Inst. h. t.*, per la ragione, che l'erede rappresenta la persona del defunto, onde l'erede, e'l defunto sono una stessa persona. V. Vinnio nel *cit.* §. Perciò la mala fede del defunto sempre nuoce all'erede universale, il quale nemmeno dalla sua persona può cominciare la prescrizione, *l.* 11. *C. de adqu. pos.*, ove dissero gl' Imperadori *vitia possessionum a majoribus contracta perdurant: & successorem Auctoris sui culpa comitatur*. Il successore singolare anche continua il possesso del suo Autore, purchè ambidue fossero in buona fede, §. 8. *Inst. h. t. l.* 13. §. *ult. D. de adqu. poss.*, sebbene non gli è di pregiudizio la mala fede dell' Autore, quante volte voglia cominciare l' usucapione dalla sua persona,

l. 5.

l. 5. D. de div. tem. præsc. l. 1. C. de præscr. long. temp. L'usucapione, se venisse interrotta, la quale interruzione diceſi nel dritto *usurpatio* (8), o naturalmente, o civilmente, non giova, *l. 2. C. de long. temp. præsc.* Avviene la *naturale usurpazione*, se taluno venisse discacciato dal possesso, *l. 5. D. de usurp., & usucap.* la *civile*, se nel corso della prescrizione si contestasse la lite coll' Avversario *l. 26. C. de rei vind., l. pen., & ult. C. de ann. except.*

§. V.

Ci resta a far parola della prescrizione di *lunghissimo tempo*, e della *immemorabile*, inventate dalle Costituzioni de' Principi, per supplire all' antica usucapione, ed all' ordinaria prescrizione, acciò così potessero prescriversi quelle cose, ch' erano imprescrittibili col lungo tempo (9) Le

(8) Di questo trattò il Libro di Appio Claudio *de usurpat.*, di cui fa menzione Pomponio nella *l. 2. §. 36. D. de orig. Jur.*

(9) Il decennio fra' presenti, e 'l vicennio fra gli assenti, diceſi ne' libri del Dritto *longum tempus, longa possessio. V. Brisson. de V. S.*

Le prescrizioni di lunghissimo tempo, sono o di XXX., o di XL., o di C. anni. Con anni XXX. si prescrivono (oltre le azioni personali *l. 3. C. de praescr. XXX., vel XL. ann.*) le cose viziose, come quelle furtive, e possedute con violenza, purchè il *prescrivente* sul principio sia stato in buona fede, *l. 8. §. 1. C. eod.*; le cose de' minori, *l. 3. C. quibus long. temp. praescr. non obst.*; le cose avventizie de' figli di famiglia, *Nov. CXXII. c. 24.* Collo spazio di 40. anni si prescrivono le cose fiscali, *l. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. ann.*, e le cose patrimoniali del Principe, *l. ult. C. de fundo patrim.*; le cose immobili delle Chiese, *l. 24. C. de SS. Eccl. Nov. CXI. c. 1. Nov. CXXXI. c. 6.*, e per interpretazione de' Dottori, i beni stabili delle Città, le quali, come essi dicono, godono de' privilegj delle Chiese; il dritto dell' Ipoteca, se l' istesso debitore possegga la cosa oppignorata, *l. 7. §. 1. C. de praescr. XXX. vel XL. ann.*, ove vedi *Ant. Perez.* Con cento anni si prescrivono le cose della Chiesa di Roma, *Auth. quas actiones C. de SS. Eccl.*, la quale Autentica sembra rilevata dalla *Nov. IX.*; dove Giustiniano

niano avea determinato, che i beni delle Chiese si fossero prescritte collo spazio di C. anni; ma di poi l'istesso Giustiniano ristrinse la prescrizione avverso le Chiese, e luoghi pii fra lo spazio di XL. anni, *cit. Nov. CXXXI.* (10). Finalmente colla prescrizione immemorabile (ch' è quella, di cui non evvi memoria in contrario) dicono potersi prescrivere, le regalie, le immunità da' Tributi &c. V. *Ant. Perez. in Tit. C. ne rei dominica, vel templorum vindicatio temporis præscriptione summoveatur.*

§. VI.

Nell'ultimo §. di questo Titolo c'insegna *Tribon.*, che dall'editto dell'Imperadore Marco trovavasi stabilito, che vendendo il Fisco la roba non sua, possa il compratore, dopo il *quinquennio*, opporsi al vero padrone colla prescrizione. Ma indi Zenone colla sua Costituzione nella *l. 2. C. de*

(10) Però i Romani Pontefici vollero sempre attenersi alla *cit. Nov. IX.* di Giustiniano, distinguendo, che per le altre Chiese dovesse correre la prescrizione di *XL. Anni*, e per la Chiesa Romana di 100. anni. *cap. 13. & seq. de præscr. Cap. 2. eod. in 6.*

C. de quadrien. præscr. volle, che chiunque facesse acquisto dal Fisco, con qualsivoglia titolo, si renda immediatamente sicuro, nè possa essere molestato; o che agisca, o che venga convenuto; ma il Fisco avverso il padrone, o creditore ipotecario gode la prescrizione del *quatriennio*, *cit.* §. *ult.*, & *cit.* *l.* 2., dove Giustiniano confermò, ed estese un tale stabilimento.

DRIT-

DRITTO DEL REGNO.

§. I.

I Longobardi non riconobbero usucapione, ma soltanto la prescrizione di XXX. anni per li beni sì mobili, che immobili, purchè venissero con buona fede continua possedute, *lib.* 2. *LL. Longobard. Tit.* 35. *l.* 1. *e* 9., solamente il fratello volendo agire contra il fratello, o per la divisione de' beni, o per far rescindere la divisione lesivamente fatta, non poteva essere escluso, se non dalla prescrizione di XL. anni, *l.* 7. *cit. loc.* Contra il Fisco poi soltanto la prescrizione di LX. anni potea prevalere. Sembra, che questo Dritto Longobardo fosse stato in uso presso di noi sino a' tempi di Federigo II. il quale promulgò tre Costituzioni, che ora sarem per esporre.

§. II.

La prima comincia *duram, & diram* sotto il *Tit. de præscript.*, colla quale Federigo abolì la

la prescrizione di un anno, di un mese, di un giorno, e di un'ora, in forza della quale, secondo il dritto de' Franchi, presso di noi ricevuto, si perdeva il dominio della propria roba, e volle, che si fosse osservato il dritto comune; cioè, che le cose stabili si prescrivessero collo spazio di dieci anni tra' presenti, e di xx. fra gli assenti; e le cose mobili col triennio; ma precedente il titolo, e la buona fede, la quale doveva essere continua, come sembrano dinotare quelle parole, *bona fide undique concurrente*; e che ogni altra azione si fosse estinta colla prescrizione di XXX. anni eccettuata l'azione ipotecaria, la quale contro al debitore si estendesse ad anni XL. tutto ciò è uniforme al Dritto Romano. Quel che poi soggiunge l'istesso Imperadore, che tra' fratelli avesse luogo la *quadragenaria* prescrizione, per l'ineguale divisione de' beni paterni, è uniforme al Dritto Longobardo sopraccennato, ma contrario al *Jus Romano*, il quale non concede verun' azione a' coeredi, se meno del giusto han conseguito nella divisione della eredità, purchè la lesione non fosse enorme. *Donell. Comm. in l. 2. C. de rescind. vend.* o vi fosse intervenuto

nuto dolo, o altra giusta causa di restituzione *in integrum l. 1. e. 4. D. de in integr. rest.* La *II.* comincia *consuetudinem pravam de rei act., & except.*, e stabilisce, che il possessore del feudo, se per XXX. anni prestasse servigio alla Corte presente l' Avversario del Regno, sia sicuro. L'ultima costituzione, che comincia *quadragenalem de prorogat. praescript.* ammette la sola centenaria avverso il Fisco, sieno i beni feudali, sieno allodiali, abrogata la prescrizione di XL. anni, secondo il *Jus* Romano, e di LX. secondo il *Jus* de' Longobardi. Confermò le cose sudette Ferdinando I. d'Aragona nel 1477. colla *Pramm. I.*, *c. 2. de praescr.*, ed aggiunse, che non possa escludersi l' usucapione, o prescrizone, per l'occasione di guerra, o di peste, purchè l' Avversario non mostri di essere stato assente per tali cause, nè chiedersi la restituzione *in integrum* per motivo d' Istrumenti nuovamente ritrovati, purchè non venga dimostrato, inteso l' Avversario, che tali Istrumenti siansi ritrovati di fresco, per essere stati prima ignoti all' Autore. Carlo VI. finalmente nella grazia a' Napolitani conceduta nel 1720. *Tom. II.*

privileg. richiamò in uso la citata Costituzione *quadragenalem*, e volle, che chi possiede cosa feudale, come libe-ra, ed allodiale, dopo cento anni non possa essere molestato, nè dal Fisco, nè dal Feudatario, cui il Feudo spetta, *etiamsi constaret de titulo vitioso infecto, vel invalido, dummodo titulus praedictus non sit exhibitus ab iisdem possessoribus*.

§. III.

Sebbene l'enunciate LL. del nostro Regno avessero ammessa la prescrizione, pure, disputandosi da nostri Forensi, se, come contraria all' equità, ed alle regole del *Jus* Canonico, dovesse ammettersi, come può vedersi presso *Afflitto dec.* 13. *de Mar. lib. II. Resolut. Cap.* 115. *n.* 10., ed altri, scissi in diversi partiti; il S. R. C. unite le Ruote, per esecuzione della *Pramm.* del 1738. rimosse ogni dubbio, ed emanò la decisione, che venne poi approvata dal Re Carlo Borbone, le di cui parole vogliam quì riferire, per poi accuratamente commentarle; *praescriptioni, qua actiones extinguuntur, in unoquoque Regni Foro locum esse oportere, modo conditionibus ab*

ab Jure Civili, Pontificio, ac lege municipali præscriptis plane sit confirmata: Propterea neque debitorem, qui ob conscientiam debiti semper est in mala fide, neque heredem, licet bonæ fidei, qui possessori malæ fidei successerit, præscriptione juvari unquam posse. Ceterum in tertio possessore bonam fidem præsumendam esse; ideoque lapsu XXX. annorum a die nata actionis, ac deductis temporibus de Jure deducendis, legitima præscriptione eum recte uti posse. Ad hanc tamen excludendam licere actori apertis argumentis probare, illum possessorem, sive ab initio, sive intra præscriptionis spatium, vere in mala fide fuisse; probationibus præsumptæ malæ fidei prorsus rejectis.

§. IV.

In questa decisione del S. C. si definiscono quattro cose. Primieramente, che le azioni, sieno personali, sieno reali, si prescrivono collo spazio di XXX. anni, *deductis temporibus de Jure deducendis*, cioè dedotti i tempi, che per legge son da dedursi, cioè que' tempi, ne' quali non corre la prescrizione a favore di talune persone.

 Così

Così con anni XXX. si prescrivono i beni de' soldati, ma dedotto il tempo della spedizione; *l.* 1. & 8. *C. quib. non obiicit. long. temp. praescript.*; i beni di chi è assente per causa della Repubblica, dedotti i tempi dell'assenza *l.* 2. & 4. *D. ex quib. Caus. maj.* 25. *ann.*; de' figli di famiglia, dedotto il tempo, in cui furono sotto la patria potestà, *l.* 1. *C. de bon. mat. l.* 1. §. *ult. C. de annal. praescr.* de' minori, dedotto il tempo della minorennità *l.* 3., & 7. *C. quib. non obiicit. long. temp. praescrip.*, sebbene contro la *quadragenaria* i minori non deducono i tempi, *l.* 7. *C. de praescr. XXX., vel XL. ann.* La ragione, per cui contro le divisate persone non corre la prescrizione si è quell'assioma del dritto, *non valenti agere, non currit praescriptio.* Dice in secondo luogo la decisione, che il tempo della prescrizione deve computarsi dal dì, in cui è nata l'azione. Quindi nelle azioni, che nascono in ogni anno (come quelle, che spettano al creditore per il censo consignativo, o enfiteutico) il tempo per la prescrizione del censo, o sia del canone, non si computa dal giorno del censo, ma dal dì dell'ultimo pagamento,

do-

dopo del quale avrà cessato il venditore di annue entrade, o pure il padrone utile di corrisponde-re le annualità, o il canone. Dice in terzo luo-go, che debbonsi osservare per la prescrizione le condizioni del dritto Civile, Pontificio, e Municipale: le condizioni del dritto civile si sono e-nunciate nel già esposto Titolo di queste Istitu zioni: quelle del Dritto Canonico sono presso Alessandro III. nel *Cap. 5. ex de praescript.* e presso Innocenzo III. nel *Cap. ult. eod.*, i quali richiedono la buona fede continua; le condizio-ni del dritto Municipale vengono addotte da Fe-derigo II. nelle sue precitate Costituzioni. Or dunque, giusta il dritto del nostro Regno, nel prescrivente deve concorrere la buona fede con-tinua, nè basta esservi stata nel principio, secon-do le LL. Romane, giacchè il S. C. per la pre-scrizione richiese comulativamente le condizioni del dritto Civile, Pontificio, e Municipale, e conseguentemente la continuata buona fede, co-me volle puranche il lodato Federigo II. Perciò la stessa decisione stabilisce, che nè il debitore, nè l' erede possono prescrivere, presumendo in es-si la mala fede, per la coscienza del debito.

Non sappiamo comprendere adunque, come taluni, fra quali Figheri *Jur. Neap. h. t.*, siansi molto imbarazzati nella spiega di queste parole della decisione, *modo conditionibus de Jure Civili, Pontificio, ac lege Municipali &c.*, ed abbiano addotte delle congetture non sostenibili. Finalmente vuole il S. C., che nel terzo possessore si presuma la buona fede, purchè l' Avversario non provi con chiari argumenti la mala fede, o sul principio, o nel corso della prescrizione.

§. V.

Nella stessa decisione per alcune cause si definisce certo tempo, dopo del quale, non per la prescrizione, ma per la presunzione del pagamento, non può il creditore agire. Così i Causidici, cioè gli Avvocati, e Procuratori, fra due anni, da che hanno lasciato il patrocinio, o la procura, possono chiedere l' onorario. I Notaj anche fra due anni, da che hanno stipulati gli strumenti, debbono domandare la mercede; purchè non avessero data copia: nel qual

ca-

caso non possono essere intesi. Gli Speziali anche fra due anni dall' ammalato, e fra due mesi dagli eredi debbono farsi pagare. I Fabri, e gli Artefici fra un'anno. Finalmente i servi, e gli altri locatori di opere fra due mesi dal dì, che han lasciato il servizio. Ma ciò non ha luogo, se in contrario fossevi scrittura pubblica, o privata, donde apparisca il debito.

PARALELLO:

E' Fuor di dubbio, che la prescrizione, o sia usucapione, *sia* un' invenzione del solo dritto Civile, ignorata affatto dal dritto di Natura (1). Il tempo, che non è altro, che un rapporto, non può per se stesso dare, e togliere il dominio. Il dominio non può da noi passar in altri, che colla tradizione, cioè col fatto nostro, che dinoti la nostra volontà di volercene privare, onde disse il Giureconsulto Pomp. nella *l.* 11. *D. de div. reg. Jur.*, *quod nostrum est sine facto nostro ad alium transmitti non potest* (2). Però le LL. introdussero la prescrizione

(1) Sebbene disse il vero Isocrate *in Archidam p.* 234 *οτι τας κτησεις, και τας ιδιας και τας κοινας, ην επιγενηται πολυς χρονος κυριας και πατρωας απαντες ειναι νομιζουσιν*, *possessiones, sive publicas, sive privatas, præscriptione longi temporis, & confirmari, & patrimonii loco habendas esse, persuasum esse omnibus*; nondimeno, non perchè un costume è ricevuto presso molti, dee perciò adottarsi come un precetto della legge di natura.

(2) Or dunque le LL. Civili possono contradire al dritto di natura? Sappiasi una volta per sempre, che le LL. Civili sono modificazioni del Jus naturale, e queste modificazioni formano la Repubblica, aventi per iscopo la *pubblica salute*. Non altrimenti debbonsi intendere

ne, *ut finis esset sollicitudinis, & periculi litium*, al dir di Cicer. *pro Cæcin. cap.* 26. Vollero esse definir un certo tempo, fra 'l quale il padrone non vindicando la propria roba, in pena di sua oscitanza, ne perdesse il dominio, presumendosi, che col non vindicarla per un tal tempo l'avesse per derelitta. Interessava per la tranquillità, e pace delle società, che i dominj non fossero sem-

dete quelle parole di Ulpiano nella *l. 6. pr. D. de j. & J. Jus civile est, quod neque in totum a naturali, vel Gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi jus proprium, idest Jus Civile, efficimus.* Onde quel *juri comuni* devesi intendere pel *jus naturale*. V. il Tit. 2. Parall. §. 2. Senza ragione dunque taluni han detto, che la prescrizione fosse un ingiusto ritrovato del *jus civile*. Le LL. Civili son patti reciprochi, co' quali le persone, che vengono a formare un corpo civile, cedono ad alcuni de' dritti ingeniti. E sebbene alcuni per dimostrare ingiusta la prescrizione adducano, che Giustiniano nella *Nov. IX.* chiamò la prescrizione *impium præsidium*, pure non hanno essi riflettuto, che ivi l'Imperadore non chiamò iniqua ogni prescrizione, si bene quella di XXX. anni, che si volea allegare contra la Chiesa Romana, avverso la quale volle fare prevalere solamente quella di C. anni. Quindi dopo la *cit. nov.* non cessò la prescrizione di XXX. anni, ma questa venne contro tutti ammessa, come prima ammettevasi contro la Chiesa Romana. Anzi l'istesso Imperadore nella *nov.* CXI. con miglior riflessione, tolta la centenaria, volle, che avverso la sudetta Chiesa avesse luogo la comunale prescrizione di XXX. anni.

sempre nell' incertezza, come dimostra *Puffendorf de off. hom.*, *& Civ. lib. 1. C. 12. §. 12.* Ecco perchè Cajo nella *l. 1. pr. D. de usurp.*, *& usucap.* elegantemente disse: *bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu, & fere semper incerta dominia essent: cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium*. Si ravvisa maggiormente la rettitudine de' Romani Legislatori circa la prescrizione, perchè, se mai il padrone per giusta causa, come di assenza, di minorennità &c. non abbia potuto vindicar la propria roba, in questi casi non negano la restituzione *in integrum*: così riflette Eineccio nelle note a Vinnio nel tit. delle istituzioni *de usucap.*

TIT.

TIT. VII.

De donationibus.

§. I.

L'Altro modo civile di acquistare il dominio è la *donazione*, sebbene oggi dovesse riputarsi più tosto causa di acquistare il dominio, o sia titolo (1). Ella si definisce essere una *liberalità dimostrata a chi non avrebbe dritto di esigerla*. Allora però la donazione ha forza di obbligare, quando siegue l'accettazione del donatario *l.* 10.; *&* 19. §. 2. *D. de donat.* (2). Due sono

(1) Triboniano in questo luogo seguì l'ordine di Cajo: ne' tempi di Cajo la donazione era modo civile di acquistare il dominio, imperocchè allora per la *l. Cincia de donis, & muneribus* non valeva la donazione, se non interveniva la solenne mancipazione, e la tradizione. V. *Frid. Brummer. ad l. Cinc. cap.* 13. Susseguentemente colle costituzioni de' Principi si fè consistere la donazione nella nuda volontà, e promessa del Donante. Malamente dunque *Tribon.* seguì l'ordine di Cajo, non riflettendo, che per dritto nuovo la donazione non puole annoverarsi fra i modi civili. Che che ne dicono altri per iscusar Triboniano.

(2) Dice però Einecio a Vinnio *h. t.*, che da queste

no le spezie di donazione, la prima, che dicesi *caussa mortis*, l'altra, *non mortis caussa*, o sia *fra vivi*, *pr. Inst. h. t.*

§. II.

La donazione *caussa mortis* è quella, la quale *ob mortis fit suspicionem*, al dir di Tribon. §. 1. *Inst. h. t.*, o che il pericolo della morte fosse presente, o fosse futuro, o che si pensi solamente alla morte, *l. 2. & l. 35. §. 4. D. de mort. caus. donat.* Quindi eziandio chi gode perfetta salute puol donare, al dir di Paolo nella *cit. l. 35. §. 4.* (3). Sulla quistione degli antichi

ste LL. non ben si arguisce la necessità dell'accettazione. E cita l'eruditissima dissertazione di G. Pietro *Ludewig. de differentiis Jur. Rom., & Germanici in donatione, & acceptatione*. Nasce non dimeno dalla stessa natura de' patti, che il donante, e 'l donatario debbono consentire *in idem placitum*, lo che non puole avvenire altrimenti, se non quando il donatario, o con parole, o con fatti accetti la donazione: imperocchè non sempre i doni sono grati, nè i benefizj si conferiscono controvoglia altrui.

(3) Siccome la donazione fatta in occasione di qualche pericolo rendesi irrita, tosto che siesi superato il pericolo: Così per l'opposto, riflette Vinnio in questo tit., se

chi Giureconsulti, se questa spezie di donazione dovesse riputarsi della stessa natura, che il legato, decise Giustiniano, che *per omnia fere legatis connumeretur*, *cit.* §. 1. *Inst.* *l. ult.* *C. de donat. caus. mort.* quindi è, che questa richiede cinque testimonj egualmente, che il legato, *l. ult. C. de donat. caus. mort.* Si estingue, premorendo il donatario al donatore, *cit.* §. 1. *Inst.* Soggiace alla Falcidia, *l. 5. C. eod.* Trasferisce il dominio senza la tradizione, *l. 2. D. de publ. in rem act.* E per sua natura è rivocabile, *cit.* §. 1. *Inst.* *l. 2. l. 29. D. de mort. caus. donat.* Sonvi però picciole differenze fra i legati, e la donazione, che potranno leggersi presso Vinnio *h. t.* §. 1. e perciò *Trib.* nel *cit.* §. si avvale della particella *fere*.

§. III.

L'altra spezie di donazione è quella *inter vivos*

se taluno nello stato di buona salute doni pel solo pensiero della morte, e poi incorra in qualche morbo, o pericolo, non perciò, che siasi liberato dal morbo, o abbia superato il pericolo, deesi dire estinta la donazione, *nam nihilominus caussa donandi manet*; al dir del lodato Vinnio.

vivos. Siccome i patti nudi, giusta i principj del Dritto Romano, non produceano azione, così le donazioni bisognavan farsi colla stipulazione, per produrre l'obbligazione, e l'azione. Anzi colla *l. Cinc.* (4), di poi promulgata, si richiese la mancipazione, come un necessario requisito per la validità della donazione, eccetto le donazioni per causa di morte, come potrà leggersi presso Brummero *ad l. Cinc. cap. XIV.*: ma gita in disuso siffatta legge, Giustiniano stabilì, che la donazione, ad esempio della compra, e vendita, si perfezionasse col mutuo consenso, §. 2. *Inst. h. t. l.* 35. §. 5. *C. de donat.* Onde per dritto nuovo la donazione tra vivi intendesi perfezionata, se il donatore spieghi la sua volontà, o in iscritto, o in voce, e 'l donatario l'accetti, od abbiala per rata, *cit.* §. 2. *l.* 10., & 19. §. 2. *D. cit. tit.* Ben inteso, che il consenso produce l'obbligazione, e l'azione, ma il dominio non si tra-

(4) Questa L. fu promulgata nell' anno della C. IↃXLIX. da M. Cinc. Alimento Tribun. della Plebe. Plauto la disse *muneralis*, presso Festo *voce muneralis*. Essa contenne più capi, come potrà osservarsi presso il lodato Brummero, che la illustrò con ispecial commentario.

ſi trasferiſce, ſe non ſe colla tradizione. E poichè richiedeſi l'accettazione del donatario, per renderſi la donazione obbligatoria, perciò prima, che ſiegua l'accettazione, puole il donatore pentirſi. Deveſi però la donazione *inſinuare negli atti*, quantevolte ecceda i 500. ſolidi, *l.* 36. *§. ult. C.* §. 2. *Inſt. h. t.*, eccetti alcuni caſi, ne' quali non è neceſſaria l'inſinuazione, come potrà leggerſi preſſo Vinnio *h. t.* §. 2. *n.* 4., ſebbene preſſo di noi non è affatto in uſo (5). La donazione fra vivi è per ſua natura irrevocabile, *cit.* §. 2. Si reſcinde però per varie caſe: I. Per il vizio d'ingratitudine (6) *cit.* §. 2. *l.* 10. *C. de*

(5) La L. Cincia ancora limitò la facoltà di donare fino a certa ſomma, ma non ſi sa il quanto. V. Brummer. *cap.* 12. Coſtantino Cloro volle, che tutte le donazioni ſi foſſero fatte per ſcrittura, e ſi fuſſero inſinuate negli atti: la qual coſtituzione venne confermata dal di lui figlio Coſtantino il Grande nella *l.* 1. *C. Theod. de ſponſ.* Teodoſio richieſe l'inſinuazione ſolamente per le donazioni eccedenti i 200. ſolidi diſpenſando alla neceſſità della ſcrittura, *l. ult. C. Theod. de ſponſ. l.* 29. *C. h. t.* Giuſtiniano ancora nelle ſole donazioni eccedenti i 500. ſolidi, eccettuatene alcune, volle doverſi uſare l'inſinuazione §. 2. *Inſt. h. t. l.* 36. *C. de donat. Solidus* era l'isteſſo, che *aureus*, e ſotto gl' Imperadori Criſtiani dinotò la ſeſta parte dell'oncia. V. *Ant. Perez. Prel. in Lib. VIII. C. Tit.* 56. *n.* 29.

(6) Le cauſe dell'ingratitudine ſi numerano da Giuſti-

C. de revoc. donat. II. Per quanto sia inofficiosa, cioè lesiva della legitima, *l.* 5. *l.* 7. *C. de inoff. donat.* V. Perez. nello stesso tit. III. Per la sopravvenienza de' figli, *l.* 8. *C. de revoc. donat.* Sebbene questa legge trattasse della donazione fatta dal *patrono* al *liberto*, che vuole potersi rescindere, sopravvenendo figli al *patrono*, dopo fatta la donazione, e perciò non potesse estendersi ad altri

stiniano nella *l. ult. C. de revoc. donat.* *I. Si injurias atroces in eum effundat.* *II. vel manus impias inferat.* *III. vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat.* *IV. vel periculum vitæ aliquod ei intulerit.* *V. vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit.* Quistionano i nostri Dottori, se oltre le addotte cause d' ingratitudine, si possa per altre cause d' ingratitudine rivocare la donazione. La più comune opinione, dietro la Glossa nella *cit. l. ult.* si è, che quando le cause fussero più gravi, o egualmente gravi, si possa rivocare la donazione. Ma la contraria sentenza è più vera, cioè, che non si possa venir contro la donazione, per vizio d' ingratitudine, fuor delle cinque cause d' ingratitudine nel Testo espressate; sì perchè soggiunge Giustiniano nella *cit. l.*, *ex his tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter adprobata &c.*, come pure perche le LL. penali non debbonsi intendere, neppure *ex paritate, aut majoritate rationis*, al dir di Ant. Perez. nel Comm. alla stessa L. *num.* 7. Sappiasi inoltre, che l' azione *in factum* per rescindere la donazione pel vizio d' ingratitudine non si dà, nè all' erede, nè contro l' erede, *l.* 1. 7. & *ult. C. cit. tit.*

tri casi; pure i nostri DD. l' hanno estesa a tutti, formandone una regola generale, per *argom.* della *l.* 20. *C. de fideicom.* V. Andr. Tiraquell. nel particolar *comm.* sulla *cit. l. si unquam C. de revoc. donat.*

§. IV.

Vediam ora chi puol donare, a chi, e quali cose. Generalmente il padrone puol donare la propria roba: cioè, fra vivi puol donare chi ha la libera amministrazione della sua roba, §. 40. *Inst. de rer. div. l.* 21. *C. mandat. caussa mortis* puol donare, chi puol fare il testamento, *l.* 15. *D. de mort. caus. donat.* anzi il figlio di famiglia, purchè il padre glielo permetta, *l.* 25. §. 1. *D. eod.* Si puol donare tra' vivi a tutti coloro, i quali accettano la donazione, purchè non osti l'unità della persona, per cui il padre non puol donare al figlio costituito in potestà, *l.* 1. §. 1. *D. pro donato*. I conjugi non possono donare vicendevolmente, cioè nè il marito alla moglie, nè la moglie al marito, *tit. D. de*

donat. inter. vir., *& uxor.* (7). Si puol donare *caussa mortis* a tutti coloro, a' quali si puol legare, *l.* 49. *pr. D. de mort. causs. donat.* Si possono poi donare tutte le cose, che sono nel commercio, eziandio le incorporali, *l.* 9. *pr. l.* 27. *& seqq. D. de donat.*; le cose aliene in quanto, che possonsi usucapere *l.* 13. *pr. D. de mort. caus. donat. l.* 2., *&* 3. *D. pro donato*, ed anche tutt' i beni presenti, e futuri, *l.* 35. §. 4. *C. de donat.* Però i nostri Dottori, dietro l'autorità di Bartolo, tengono per nulla la donazione di tutt' i beni presenti, e futuri, la

(7) Giusta i pricinpj dell'antica Giurisprudenza era proibita la donazione fra conjugi, perchè la moglie *conveniebat in manum*, e perciò era al marito, qual figlia di famiglia. V. il *Tit. de nupt.* Or dunque siccome il padre, e l figlio non poteano fra loro donare, così puranche il marito, e la moglie. Di poi cessata la convenzione *in manum*, restarono puranche vietate le donazioni fra' conjugi per l'orazione dell' Imperadore Antonino (cioè di Antonino Pio, non già di Antonino Caracalla, come opinò Lodovico Caronda *ad Ulp.*) nella *l.* 3. *pr. D. de donat. inter vir.*, *& uxor.*; ed escogitarono i Giureconsulti altre ragioni, per giustificare questo divieto, come *ne concordia pretio conciliari videretur &c. l.* 1., *&* 3. *D. eod.*; ben vero, se il donante non l'abbia espressamente, o tacitamente rivocata, per la sua morte confermasi, *l.* 32. §. 10. *D. eod.*

la quale opinione dee dirsi erronea. V. il lodato chiarifs. Perez. nel *Tit.* del *Cod. de Donat.*

§. V.

E spezie di donazione *inter vivos* la donazione *propter nuptias*, la quale nell'antica Giurisprudenza non era affatto nota, e poi fu introdotta a *Junioribus Divis Principibus* (8), al dir di *Trib.* §. 3. *Inst. h. t.* Ella faceasi dal marito alla moglie per sicurezza delle doti; cioè, che se queste pericolavano, la moglie riceveva l'equivalente sull'assegnamento fattole dal marito. E perciò era corrispondente alla quantità delle doti; ed alla moglie, costante il matrimonio, non dava, nè il dominio, nè il dritto di percepirne i i frutti, ma solamente una tacita ipoteca. Impropriamente dunque fu appellata donazione, e meglio da Greci fu detta *αντιφερνη contra dotem*.

M 2 An-

(8) Questi furono posteriori a Costantino, ma non si sà quali fussero stati, avendo erroneamente opinato. Ev. Ottone, che questi Principi fossero stati Teodosio Juniore, o Valentiniano III giacchè le costituzioni di Teodosio, e Valentiniano nella *l.* 17. *C. de donat. ant. nupt.*, e nella *l.* 8. §. 4. *C. de repud.* dimostrano, che tale donazione si fosse introdotta molto tempo prima.

Anticamente poteva farsi solamente prima delle nozze, e perciò diceasi *donatio ante nuptias*. Ma poi Giustiniano, seguendo l'esempio di Giustino, volle, che questa si potesse costituire, ed accrescere, eziandio *constante matrimonio*, e perciò fu denominata *propter nuptias cit.* §. 3. *l. ult. C. de donat. ante nuptias*. Oggi però questa spezie di donazione è fuor di uso, come osservò Cujacio *Lib. V. Obs. IV.*

DRIT-

DRITTO DEL REGNO.

§. I.

ALla donazione *propter nuptias* i noſtri Dottori raſſomigliarono quel, che nelle LL. del Regno diceſi *Antefato*. Ma falſamente. L' antefato dee dirſi un'avvanzo del *Morgingab* de' Longobardi, i quali aveano in coſtume, che il marito, dopo la prima notte della ſua unione colla moglie, le facea dono de' ſuoi beni, per premio di averla trovata vergine. Il Re *Luitprando* volle, che queſto dono non aveſſe ecceduto la quarta parte del patrimonio del Marito. *Lib. II. LL. Longobard. tit.* 4. Queſto dono, che prima era gratuito, ed arbitrario, divenne poi un'obbligo. Tanto vero, che nel ſecolo XII. ſi era già introdotto il coſtume, che gli uomini per neceſſità doveano donare alle loro mogli la terza parte de' diloro beni. *Murat. Rer. Italic. diſſ.* 20.

§. II.

Noi intanto chiamiamo antefato la donazione

ne, che il marito fa alla moglie, se egli premorisse, così detto, perchè *ante uxoris fatum*, cioè fino a che costei vive, si paga dagli eredi del marito. Quando si costituiva ne' beni feudali dicevasi *dotario*, o *dotalizio*, ed era il triente del prezzo de' feudi, ma in usufrutto, giusta le *Costit. si quis Baro Tit. de Dotario; licentiam Tit. de dotibus*; *Mulier Tit. de dotariis constit.* Se poi ne' beni allodiali, era la terza parte della dote, e diceasi *tertiaria*: e la quarta parte in Napoli, per cui diceasi *quarta*. *Cons. quartam autem Tit. de Jur. quarta*; ma solo in usufrutto, se ci erano figli, ed anche in proprietà, se non ce n'erano. E siccome l'antefato per uso antico de' Magnati era nel Regno la terza parte della dote, così poi, per lo nuovo uso di Capuano, e di Nido si accrebbe alla metà. *Cam. Salern. ad Cons. si quis Tit. de succes. ab intest.* Pel costume de' Magnati, se il marito morendo lasciava il padre suo, la moglie lucrava la metà solamente dell'antefato; ove per l'uso de' Sedili di Capuano, e di Nido l'acquistava sempre intiero. Si pensò alla fine di moderarsi con una legge, così gli antefati, che i donativi. I do-

donativi altro non sono, che un'annua, o mestrua contribuzione di certa somma promessa dal marito alla moglie, duranti le nozze, che volgarmente dicesi per *lacci*, e *spille*. Questi lucri erano maggiori, o minori, secondo la quantità delle doti; e per lo più solea avvenire, che le donne, non avendo procreato figli, o questi premorti, acquistavano la proprietà di tali lucri, che ad altre famiglie il più delle volte passavano. Quindi per la Prammatica unica sotto il titolo *de donat. propt. nupt.* del Vicerè Duca di Ossuna nel 1617. promulgata a domanda della Città, e del Regno, fu determinato I. Che l'antefato si debba in usufrutto, e non già in proprietà. II. Che la quantità dell'antefato, e del donativo sia varia, secondo la diversa quantità delle doti, e debba decrescere, come decrescono le doti, cioè per le doti di docati 4000. abbasso, l'antefato sia l'usufrutto della terza parte delle doti, e'l donativo alla ragione dell'otto per 100.; per le doti di ducati 4000. fino a 10000. l'antefato sia l'usufrutto della quarta parte delle doti, e'l donativo alla ragione di 6. per 100.; per le doti di 10000. fino a 20000.

l'antefato sia l'usufrutto della quinta parte, il donativo a ragione di 5. per 100. Da 20000. fino a 30000. l'antefato sia a ragione di 15. per 100., val quanto dire l'usufrutto di ducati 15. per ciascun 100., e'l donativo a ragione di 4. per 100. Finalmente per le doti di duc. 30000. in su, l'antefato, e'l donativo si debbono regolare dalle convenzioni delle parti, purchè l' antefato non ecceda l'usufrutto di ducati 15. per 100. e'l donativo li 4. per 100. III. *Che alle donne vedove, quando si torneranno a casare, non si possa costituire l'antefato, che per la metà di quello, che se li potria costituire, se si casassero la prima volta,* son parole della Prammat. *IV. L'antefato, o restano, o non restano figli, a morte della donna, torni agl' eredi del marito, dond' è uscito.*

§. III.

Bisogna far le convenevoli riflessioni sulla stessa Prammatica. Primieramente su quelle parole della Pramm., *che per le doti di 4000 duc. a basso l'antefato sia per terzo*, si domanda, se le do-

doti uguagliano docati 4000., come debba regolarsi l'antefato? E' fuor di dubio, che per le doti di 4000. docati l'antefato debba essere ancora l'usufrutto della terza parte, avendo così deciso il S. C. presso Capiciolatro *dec.* 49. Da quelle altre parole della *Pram.*, *che per la morte della Donna torni l'antefato agli eredi del Marito*, ben si ravvisa, che i figliuoli, non come figliuoli, e per la qualità della di loro persona succedono all'antefato, ma come eredi: onde se il diloro padre, come reo di Maestà, sia stato condannato, vengono esclusi dal Fisco, il quale succede all'antefato, come riferisce essersi deciso dal S. C. *Revertera dec.* 32. sebbene il contrario sia stato anche osservato nel Foro. *De Marin. Ref.* 23. *Lib. II. Afflict. decis.* 314. Ma per togliere ogni controversia, si suole ne' capitoli matrimoniali espressamente pattuire, che i figli, come figli, e non come eredi succedano, del qual patto diffusamente ragiona il Reg. Marciano *cons.* 53. *n.* 13.

§. IV.

§. IV.

E' cosa certissima, che dopo la promulgazione della riferita Prammatica, deesi sempre l' antefato, ancorchè non promesso, presumendosi, che i contraenti abbian voluto uniformarsi al disposto della legge; quantunque altri, dietro Afflitto, avessero opinato l' opposto, ma senza fondamento. Però per la *Consuet. dos, & quarta Tit. de jur. quarta*, nel Napolitano ristretto tal controversia par, che sia definita; imperocchè si determina, che la dote, e la quarta non possono domandarsi, se non ci sia strumento dotale: in guisa, che per aversi l' antefato, e' mestieri che sia promesso. In vero il *Morgingab*, dal quale ebbe origine l' antefato, come un dono, non potea chiedersi senza promessa. Si quistiona, se alla moglie, che non ebbe dote, debbasi l' antefato. Siccome i nostri DD. hanno applicato le LL., che parlano della donazione *propter nupt.* all' antefato, perciò argomentando dalla *Nov.* 2. *c. ult.*, dove Giustiniano stabilì, che la donna indotata non meriti la donazione antenuziale,

han

han opinato, che nel caso proposto non si dovesse l'antefato. Questa opinione sembra più verisimile, quantunque siavi stato, chi abbia pensato l'opposto. *V. de Marin. lib. II. Ref. C. II.* Sarebbe però ragionevole, che se l'antefato fossesi promesso, non ostantecchè la donna si fosse maritata senza dote, dovesse serbarsi la promessa; la quale si suppone fatta per altre cause, come di bellezza, nobiltà &c. per le quali talvolta si contraggono le nozze senza dote. *V. Afflit. dec.* 333. *e* 141., ed ivi *Vrsillo*. Purchè la promessa fosse deliberata, e non per istilo de' Notaj. Ma se la dote siasi Promessa, e non pagata, e dal marito si fosse conceduta dilazione pel pagamento della dote, e fra'l tempo di tal dilazione egli morisse, si deve l'antefato. Così porta deciso *Afflitto* nella *cit. decis.* 333. Per l'opposto, non si deve, quando pel pagamento fosse stato in mora il dotante. *Vrsillo* nella *cit. decis.* V. ancora *de Marin. Ref. Lib. I. c.* 14., ed ivi *Rodoerio*, ove si legge eziandio la quistione, se nel matrimonio rato, ma non consumato, si debba l'antefato. E perciocchè la donna ricevendo un bacio dallo sposo, dopo gli sponsali, perde qualche parte del-

la

la pudicizia, dicono i nostri DD. che in tal caso acquisti la metà dell' antefato, ove gli sponsali si disciogliessero per morte dello sposo, o per ingresso nella Religione di alcun de' due: ma non così, se si sciogliesse per vicendevole consenso. V. il *cit. de Marin.* Finalmente bisogna toccar di leggieri una quistione, che non veggo menzionata negli altri Istitutisti: se la donna passando a seconde nozze fra l'anno del lutto perde l'antefato. Certamente, che nò. V. *de Marin. lib. I. ref. c. 273. n. 23. Ginesio Grimaldi Inst. delle LL., e Mag. R. di Nap. contin. tom. IX. Lib. XXXII. n. 152.* fu di contrario sentimento per la *l. un. C. si sec. nupt. mul. cui marit. usumfr. relinqu.*, senza avvertire, che tal L. fu abrogata dalla *Nov. 22. c. 32.* dove Giustiniano prescrisse, *volumus, vel si usufructus detur per largitatem, aut mortis causam donationem factam inter vivos, in quibus licet etiam donari, si relinquatur, & accipiens ad secundas veniat nuptias, manere sic quoque usum, donec superstit, qui hunc habet usumfructum.*

§. V.

§. V.

Oltre l' antefato, e 'l donativo, sogliono farsi alcuni doni dallo sposo, e suoi parenti alla sposa prima del matrimonio; come per lo più sono le vesti, l' anello, che i Latini chiamano *PRONUBO* (1). La comune opinione de' nostri Interpreti si è, che s' intendano donate quelle cose, che si danno per l' uso cotidiano. Perciò dicono, che l' anello dovesse intendersi donato, ancorchè contenga una preziosa gemma. V. *Ant. Fabr. Lib. V. C. tit.* 1. *Def.* 2. Allegano a tale proposito il rescritto dell' Imp. Gordiano nella *l.* 6. *C. de donat. ante nupt.*, e dell' Imp. Aurelio nella *l.* 4. *C. eod.* Altri la sentono diversamente, quando l' anello contenga una gemma di gran valore, e dicono, che i luoghi del Dritto Civile si dovessero intendere in ragione di que' tempi, quando si costumava darsi l' anello di ferro, giusta la testimonianza di Plinio. V. *Kirchmann. de anulis*. Veramente sarebbe questa una quistione di fatto, ove non puol darsi regola generale, ma è da decidersi per le particolari circostanze, dalle

(1) *V. Pietro Mullero Diss. de annulo pronubo.*

dalle quali devesi arguire la volontà di chi ha fatto il dono, *De Luca Lib. IV. dot. sum. num.* 440., *e discurs.* 164. *de dot.* Per togliere ogni dubio, sogliono gli sposi, anche estragiudizialmente, ed in assenza delle spose protestarsi, che quanto ad esse danno, il dieno per uso, non con animo di donare. Siffatti doni sponsalizj, che scambievolmente si costumano fra gli sposi, e le spose contengono la tacita condizione, se le nozze seguiranno; si perdono però da quello, per cui sia mancato far effettuire le nozze. Le cose, che da' parenti della sposa a lei si donano, sono della stessa; talmente che agli eredi di essa si dovrebbero dal marito restituire: *De Luca Observ. ad decis.* 103. *De Franch.* Quello poi si dona da' parenti dello sposo alla sposa, s'intende donato a' figli *nascituri*. *De Franch. decis.* 595. *n.* 1. *arg. l.* 10. §. 6. *D. de Vulg.*, & *pupill. subst.*

§. VI.

Alle volte ne' capitoli nuziali si suol promettere alla moglie un annua prestazione di cer-

ta

ta ſomma, affinchè ſopravvivendo al marito poſſa decoroſamente vivere, e queſta diceſi *ſopravvivenza*, la quale ſi deve, ancorchè la dote non ſia ſtata pagata nel tempo convenuto, poichè non ſi coſtituiſce per ragion della dote, ma della nobiltà, o per altri pregi della donna.

TIT.

TIT. VIII.

Quibus alienare licet, vel non.

§. I.

L'Effetto del dominio è la libera facoltà di disporre della propria roba, e perciò di alienarla, §. 40. *Inst. de rer. div.* Quindi chi non è padrone, non può trasferire in altrui quel dominio, che non ha, e per conseguente non può alienare, *l.* 54. *D. de R. J.* Ma come il dominio viene circoscritto dalle *LL. Civ.*, suol avvenire, che il padrone in certi casi non possa alienare, e chi non è padrone possa alienare; quali *paradossi*, giusta l'espressione di Teofilo, si propongono in questo Titolo.

§. II.

Così il marito, sebbene sia padrone della dote *pr. Inst. h. t. l. 9. C. de revend.* (1), pure

(1) E' stata sempre riputata ardua la quistione, se il

re non può alienare i fondi dotali, imperocchè per la L. Giulia *de adulteriis* non era lecito al marito alienare *rem soli*, cioè le cose immobili, ch'erano nell'Italia (2), senza il consenso della moglie, e nemmeno obbligarle, ancorchè consensiente la moglie, *cit. pr. Inst. Paull. sentent. Lib. II. XXIV.* (3). Anzi Giustiniano indistintamente vietò l'alienazione, e oppignorazione di qualsivoglia fondo, ancorchè fossevi concorso il consenso della moglie, *l. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act. cit. pr. Inst.*, purchè l'alienazione non sia necessaria, *l.* 1. *D. de fund. dot. l. ult. C. eod.*; o di utile alla moglie *l.* 26., & *ult. D. de J. D.* Cessa però un tale divieto, se'l mari-

 to

il dominio della dote sia presso il marito, o pure presso la moglie. Imperocchè alcuni luoghi del dritto attribuiscono il dominio alla moglie, alcuni altri al marito. Quindi gl' Interpp. diversamente opinarono. Legganfi presso *Vinn. h. t.* le di loro varie opinioni, e la maniera, come egli si sforza conciliarle.

(2) Perchè questo divieto fu solamente per gli fondi Italici, e non già per gli Provinciali, leggasene la ragione presso Einecc. *Ant. h. t.*

(3) Il motivo, per cui Giustiniano vietò l'oppignorazione, ancorchè la moglie avesse consentito, si fu, perchè più facilmente le donne poteansi far indurre dalle carezze del marito, sulla lusinga, che si avrebbero poi ricattato il fondo pignorato; e questa medesima fu la ragione del S. C. Vellejano *l.* 4. §. 1. *ad S. C. Vell.*

to alieni le cose mobili dotali, *l.* 1. *C. de servo pignori dato manumisso*, o se i fondi fossero stati estimati *venditionis caussa*, giacchè della dote estimata il marito acquista il pieno, ed assoluto dominio, *l.* 16. §. 4. *D. l.* 5., & 10. *C. de J. D.*

§. III.

Il pupillo, ancorchè sia padrone della sua roba, non puole però legittimamente alienarla, senza l'autorità del suo tutore §. *ult. Inst. h. t.* Quindi, se il pupillo abbia dato a mutuo certa somma, questa non diviene del mutuatario; ma se esiste, puol' egli vendicarla; se poi si fosse consumata colla buona fede, puol ripeterla *condictione:* e coll' azione *ad exhibendum*, quantevolte fossesi consumata colla mala fede, *cit.* §. *ult.* *l.* 19. §. 1. *D. de reb. cred.* E poichè il pagare importa alienazione, quindi il pupillo *solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit*, al dir di Cajo nella *l.* 9. §. 2. *D. de auct. tut.*, e perciò si puol vendicare il danaro esistente; ma se siasi consumato dal creditore con buona fede, *liberabitur*

bitur pupillus; al dir del lodato Giureconf. nel *cit.* §. 2. e di Ulpiano nella *l*, 14. §. *ult. D. de solut.* Lo stesso vale per gli minori, i quali sono sotto i Curatori, *l* 3. *C. de in integr. restit. min.* Sul punto poi, se il debitore legittimamente possa pagare al pupillo senza l'autorità del tutore, dice Triboniano nel *cit.* §. *ult.*, *at ex contrario omnes res pupillo, & pupillæ sine tutoris autoritate rectè dari* (la parola *dare* ne' libri del Dritto significa trasferire il dominio) *possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas, alioqui non liberabitur.* Quel *ideoque* niente combina colle parole antecedenti; e perciò Otomano stimò doversi leggere *quamquam* (4). Or dunque il debitore non vien liberato, se non paghi al pupillo coll'autorità del tutore, o all'istesso tutore, *cit.* §. *ult. Inst. l.* 46. §. 5. *de administ. tut.* Ma in forza della Costituzione di Giustiniano (5), ch'esiste nella

 l. 25.

(4) Sembraci più adequata la congettura di Einnecio nelle note a Vinnio nel *cit.* §. 2., cioè, che in vece di *ideoque* stava scritto *alioqui*, e i Libraj imperiti l'emendarono, con iscrivere *ideoque*, in ravvisare, che immediatamente stava ripetuto *alioqui*.

(5) Dice Triboniano, che questa Costituzione fu scrit-

l. 25. C. de adm. tut., venne determinato, che per essere legittimo il pagamento al pupillo, o al minore, debba farsi al tutore, o curatore, precedente decreto del Giudice, il quale deesi interporre *sine omni damno* (6), cioè a spesa del debitore, *cit.* §. *ult. Inst.* Se dunque taluno paghi al pupillo, o minore, senza gli esposti requisiti, e'l danaro poi inutilmente trovisi consumato, dovrà di nuovo pagare, e 'l debitore imputerà a se stesso, per non aver pagato legittimamente; che se poi il danaro esista presso il pupillo, o minore, o pure siasi convertito in proprio utile, il creditore potrà avvalersi dell' eccezione del dolo malo, quantevolte si domandasse di nuovo la stessa somma *cit.* §. *ult. Inst.* (7).

§. IV.

scritta agli *Avvocati Cesariesi*, quandochè fu scritta a Giovanni Prefetto del Pretorio dell' Oriente. Ma ciò non importa contradizione. Gl' Imperadori domandati di qualche cosa dagli Avvocati, soleano scrivere a' Magistrati, sotto de' quali essi *militavano*; di ciò ne abbiamo esempj in più luoghi del Dritto, come potrà osservarsi presso *Vinn. h. t.*

(6) Presso gli Scrittori Latini sovente *damnum* vale *impendium*, *sumptus*, V. l' eruditissimo Menag. *amœn. C.* 39.

(7) Fingasi, che il pagamento siasi fatto al pupillo coll'

§. IV.

Per l'opposto suole accadere, che chi non sia padrone possa giustamente alienare, avendone la facoltà dalle LL. Così il tutore, sebbene non sia padrone della roba del pupillo, pure puol' egli alienare, ben inteso, che ove si tratti di alienare le cose preziose, e massimamente le immobili, dee concorrervi la necessità, o altra giusta causa, e vi si dee interporre il decreto del Magistrato; ma delle altre cose, può far l'alienazione, eziandio senza decreto, *l.* 1. §. 2. *D. de reb. eor. qui sub tutel., vel cura sunt*, ove leggasi G. Voet. *l.* 22. *C. de admin. tut.*

coll'autorità del tutore, ma senza decreto; Triboniano, parlando del pagamento, che si fa col decreto, dice: *sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas*. La parola *plenissima* ci fa argomentare, che con minor sicurezza, ma non già nullamente, si pagherebbe senza decreto al pupillo coll'autorità del tutore; e perciò rimarrebbe il debitore liberato, ma potrebbe il pupillo venire colla restituzione *in integrum* avverso del pagamento fatto senza decreto, *l.* 1. *C. si adv. solut.*, non però così avverso il pagamento fatto con decreto. In questa guisa la discorre dottamente Accursio nella *l.* 7. §. 2. *de minor.* non ostantechè, senza fondamento di ragione, vi si opponga Fabro *Conject. XVII.* 13.

§. V.

Similmente il creditore, ancorche non sia padrone, può distrarre il pegno, senza far precedere la dinunzia, se siasi pattuito *de distrahendo pignore* (8) *l.* 4. *D. de pign. act.* Se poi siasi convenuto di non distrarre il pegno, debbon precedere tre dinunzie, *cit. l.* 4., *&* *l.* 4. *C. de distrahendo pign.* Finalmente, se niente siasi convenuto, dopo la dinunzia, e dopo elasso il biennio, si permette la distrazione, purchè si faccia con buona fede solennemente, *l. ult.* §. 1. *C. de Jur. dom. imp.* Che se non si troverà chi compri, di nuovo si ammonisce il debitore, e se il medesimo non curi, il creditore impetrerà il dominio dal Principe, lasciata al debitore la facoltà di ricattarsi il pegno fra due anni, *cit. l. ult.* §. 1. *Inst. h. t.* Ma la pratica del nostro foro è diversa.

DRIT-

(8) Non bisogna confondere questo patto *de distrahendo pignore*, col patto *commissorio*, col quale si suol convenire, che non pagandosi il debito nello stabilito tempo, il pegno rimanesse aggiudicato al creditore, senza veruna limitazione; imperocchè questo patto è illecito, *l. ult. C. de pact. pign.*; ma quello è lecito, *l.* 7. §. *ult. D. de distrah. pign.*

DRITTO DEL REGNO.

NEl nostro Regno non può la donna alienare, ed obbligare le cose dotali, anche col consenso del marito, senza l'assenso del Re; bensì deesi nella supplica al Principe veridicamente esporre il numero de' figli, la quantità della dote, la causa impellente all'alienazione. *V. Montano, controv.* 4. 19. Il Sovrano però nel dispensare ha sempre mira, che la donna non rimanga indotata, onde suole rescriversi; *liceat, dummodo non excedat tertiam partem dotis;* tal volta si dice *dummodo non excedat medietatem dotis*, quando però concorressero cause gravi, ed urgenti da esprimersi nel libello. Anche nelle alienazioni de' beni delle Vedove, e delle Vergini, tuttocchè tali beni non potessero dirsi propriamente dotali, si suol dire nell'assenso, *liceat quia Vidua; liceat quia in capillo*. Possono i Giudici inferiori conoscere, se l'assenso siasi ottenuto per mendacio detto, o per verità occultata, e taciuta, che si dice vizio di *obrezione, e subrezione, l. 2. C. si contra Jus vel util. publ. aliquid impetratum fuerit. Montan. l. cit.*

TIT. IX.

Per quas personas nobis adquiritur.

§. I.

Si acquista a noi il dominio; non solo per mezzo di noi medesimi, ma eziandio per le cose nostre, e poichè i figli di famiglia, ed i servi de' Romani, come *res mancipi*, erano nel dominio Quiritario de' padri, e de' padroni, quindi tutto ciò, ch'essi acquistavano, lo acquistavano a' medesimi.

§. II.

Primieramente rispetto a' servi (1), i padroni

(1) I servi non poteano tener cosa di proprio, ma tanto quanto i padroni loro permettevano, lo che diceasi *peculium*. *V. Einecc. Ant. h. t.* §. 3. Questo peculio indistintamente era *profettizio*, perchè il padrone potea ripigliarselo, quando gli era in grado. Era dunque sempre in dominio del padrone, il quale solamente permetteane l'amministrazione al servo, o più, o meno libera, come meglio piacevagli, *l. 7.* §. 1. *D. de peculio*, *l. 20. D. de Jurejur. Terent. Phorm. act.* 1. *Sc.* 1. *v.* 7. *seqq.*

ni per mezzo di essi acquistano, ancorchè ignoranti, e contradicenti, la proprietà, §. 3. *Inst. h. t.*, ma non già il possesso, il quale, eccetto la causa del peculio, non acquistasi, se non se *scientibus*, & *volentibus* (2) *l.* 1. §. 5. *l.* 3. §. 12. *l.* 44. §. 1. *D. de adqu. poss.* Inoltre non si acquista al padrone l' eredità per mezzo del servo, se costui non adisca l' eredità per comando, o volontà del padrone, *cit.* §. 3. *Inst.*, e ciò affinchè i servi non potessero col fatto loro obbligare i padroni alla prestazione de' debiti ereditarj *l.* 6. *pr. D. de adq. hered.* Parimenti si acquista per mezzo de' servi fruttuarj, de' quali abbiamo il semplice usufrutto, e per mezzo de' servi posseduti con buona fede; o che siano servi alieni, o ingenui; ben vero acquistiamo solamen-

(2) La raginne si è, perchè il possesso acquistasi *animo*, & *corpore*, *l.* 3. §. 1. *D. de adqu. poss.*, ben inteso *animo nostro*, *corpore etiam alieno*, al dir di Paolo nella *cit. l.* 3. §. 12. Ma per causa attenente al peculio, veniamo ad acquistare il possesso, coll' animo nostrò, ancorchè non espresso, il quale si presume dall' aver noi permesso il peculio a coloro, che sono in nostra potestà, *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Per altre cause non può presumersi questa general volontà, e perciò, affinchè per mezzo de' servi potessimo acquistare il possesso, richiedesi la special volontà, e scienza.

mente quel, ch'essi guadagnano *ex re nostra*, *vel operis suis*, al dir di *Trib.* §. 4. *h. t.*; ma quel, che lucrano per altre cause, si acquista, o al proprietario, o al padrone, o all'istesso uomo libero *cit.* §. 4. *l.* 22., *&* 23. *D. de usufr.* (3).

§. III.

Il dritto di acquistare per mezzo de' figli di famiglia restò di molto diminuito coll'introduzione

(3) Triboniano nel cit. §. distinguendo fra l'usufruttuario, e'l possessore di buona fede, perchè questo puole *usucapire* il servo, quello non puole, adduce per ragione, che l'usufruttuario *non possidet*. Lo stesso abbiamo nella *l.* 10. §. *ult.* Per l'opposto Ulpiano nella *l.* 12. *de adqu. poss.* disse, *fructuarium naturaliter possidere*: Parimenti in altri luoghi del Dritto si legge, che il creditore *possidet* il pegno, che il colono *possidet* il fondo; ed in altri leggesi l'opposto. Son questi vestigj delle antiche dissensioni delle sette: i Sabiniani volevano, che altri possedessero *civiliter*, altri *naturaliter*; *civiliter* quelli, che *animo rem retinent*: *naturaliter*, *qui corpore rem detinent*; all'incontro i Proculejani sosteneano, che malamente i Sabiniani diceano *naturaliter possidere* quelli, che *corpore*, *non animo rem detinent*, e che si dovesse dire più tosto *non possidere*, *sed tantum esse in possessione*. *V. Cujac. Obs.* IX. 32. *&* 33. *Merill. Obs.* II. 31. i quali con molta profondità ne discorrono, a differenza di Vinnio, il quale credette sciogliere questo nodo con via più facile, e non riuscivvi.

zione de' *peculj*. Si definisce il *peculio*, *pusilla pecunia, quam filiusfamilias, vel servus a rationibus paternis, vel dominicis separatam habet l. 5. §. 3., & 4. D. de pecul.* si distingue il peculio in *militare*, e *pagano*: quello si suddivide in *castrense*, e quasi *castrense*; questo in *profettizio*, ed *avventizio*.

§. IV.

Il peculio *castrense* comprende tutto ciò, che 'l figlio di famiglia acquista in occasione della milizia sagata, *l. 11. D. de castrens. pecul.* anche quel, che il padre dona al figlio, il quale va alla milizia; l'eredità lasciata dal Commilitone, ciocchè si è percepito da' nemici, o si è comprato dal danaro castrense *l. 4. pr. D. l. 4. C. de castr. pecul.* (4). Il quasi castrense, inventato ad esempio del primo (5), *è quello che dal figlio*

(4) Sembra, che l'origine di questo peculio non fosse altra, che quella del testamento militare, di cui parleremo a suo luogo.

(5) Più tempo prima di Giustiniano, come raccoglie il chiarif. Ant. Sculting. *Jurispr. Antejustin. p. 470.* dalla

figlio di famiglia acquistasi in occasione della milizia togata, e dalla professione delle arti liberali, *l.* 14. *C. de adv. divers. Jud. l. ult.* §. 1. *C. de inoff. testam*, Il peculio *profettizio è quello, che deriva dalle sostanze paterne, o pure acquistasi dal figlio per causa, ed a contemplazione del padre*; §. 1. *Inst. h. t. l'avventizio è quello, che dal figlio si acquista per altra causa, come per liberalità della madre, o di altri, per propria fatiga, o per prospera fortuna*, *cit.* §. 1. *Inst.* (6).

§. V.

Il peculio castrense, e 'l quasi castrense, *pleno jure*

dalla *l.* 52. §. 8. *D. pro soc.* contro Franc. Balduino, il quale *in Justin. Lib. III.* suppone interpolati tutti que' luoghi delle Pandette, ove si fa menzione di questo peculio.

(6) L' Imperator Costantino fu il primo, ch'esentò i beni materni, dandone al padre solamente l' usufrutto, *l.* 1. *C. de bon. mat.* Di poi gl'Impp. Graziano, Valentiniano, e Teodosio lo stesso stabilirono de' beni *materni generis*; *l.* 6. *C. Theodos. eod.* Gl'Impp. Teodosio, e Valentiniano estesero tal disposizione puranche a' lucri nuzziali *l.* 1. *C. de bon. qua lib.*; e gl' Impp. Leone, ed Antonino eziandio a' lucri sponsalizj *l.* 5. *C. eod.* Finalmente Giustiniano generalmente di tutt' i beni avventizj diè l' usufrutto al padre, e la proprietà a' figli, *l.* 6. *C. de bon. qua lib.*

jure sono del figlio, §. 1. *Inst. h. t. l. 6. C. de bon. quæ lib.*, e perciò rispetto a tali peculj vien riputato, come padre di famiglia, *l. 2. ad S.C. Maced.* potendone liberamente disporre *inter vivos*, & *caussa mortis*, *l. 3. C. de castr. pecul.* Il profettizio *pleno jure* è del padre (7) *cit.* §. 1. *Inst. h. t.*, avendone il figlio la sola amministrazione; ma, pubblicati i beni paterni, il figlio lo ritiene, *l. 3. §. 4. D. de minor.* Come pure lo ritiene, dopo l' emancipazione, se il padre non glielo tolga, *l. 31. §. 2. D. de donat.* Per fine la proprietà del peculio avventizio ordinariamente è presso del figlio, e l' usufrutto, e l' amministrazione presso il padre, mentre vive, *cit.* §. 1. *Inst. l. ult.* §. 5. *C. de bon. quæ lib.* (8). Si è detto *ordinariamente*, perchè in molti casi il

(7) La ragione deesi ripetere dall' unità delle persone. Imperocchè il padre, e 'l figlio si hanno per una persona, e per conseguente il padre non puol donare al figlio. Ond' è, che quanto dal padre deriva nel figlio, rimane del padre medesimo, §. 1. *Inst. h. t.*

(8) Per L. di Costantino, il padre, ch' emancipava il figlio, per premio della emancipazione acquistava il dominio della terza parte de' beni avventizj, *l. 1.*, & *2. C. Theod. de bon. mat.* Ma per nuovo dritto di Giustiniano, il padre acquista la sola metà dell' usufrutto §. 2. *Inst. h. t. l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.*

il *peculio avventizio* è pienamente del figlio . I. Se il figlio , riluttante il padre , avesse adita l' eredità *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* II. Se al figlio si fusse donata, o legata qualche cosa con tal condizione , che il padre non dovesse averne l' usufrutto *Nov.* CXVII. *c.* 1. III. Se il figlio una col padre succede al fratello germano, *Nov.* CXVIII. *c.* 2. IV. Se il padre abbia usato dolo nel restituire i beni al figlio , *l.* 50. *D. ad S. C. Trebell.* E perciò questo peculio da' Dottori chiamasi *irregolare* , *estraordinario* , *pieno* .

§. VI.

E poichè acquistiamo solamente per mezzo de' figli nostri , e de' servi ; fuor di questi , vale l' assioma , *alii per alium adquiri nequit* . Ma per mezzo del nostro Procuratore acquistiamo , e 'l dominio , e 'l possesso §. 6. *Inst. h. t.* , ove dice *Tribon.* , *per Procuratorem placet non solum scientibus , sed & ignorantibus nobis , adquiri possessionem secundum Divi Severi Constitutionem , & per hanc possessionem , etiam dominium , si dominus fuerit , qui tradidit ; vel usucapionem , aut lon-*

gi

gi temporis præscriptionem, *si dominus non sit*. Quelle parole, *non solum scientibus, sed & ignorantibus*, debbonsi riferire al tempo, in cui il procuratore prende il possesso, come se Triboniano avesse scritto, non importare, se taluno sappia, o pure ignori in qual tempo il proccuratore prenda il possesso. Lo stesso abbiamo ancora da più luoghi del Dritto; a' quali non osta la *l.* 53. *de adquir. rer. dom.*, dove leggesi, *per quemlibet volentibus nobis possessionem adquiri*. Imperocchè, al dir di Vinn. *h. t.* non ripugna, *ignorantibus posse adquiri possessionem, & non adquiri nisi volentibus*. Possiamo ignorare in qual tempo il nostro proccuratore prenda il possesso: ma in qualunque tempo ciò avvenga, vi concorre la nostra volontà in forza del mandato. Dice inoltre Triboniano *secundum D. Sev. Constitutionem*. Questa si trova nella *l.* 1. *C. de adqu. poss.* Ma non fu Severo autore di questa Costituzione. Già prima da'Prudenti erasi tale dritto introdotto, ed era stato ricevuto, *l.* 41. *D. de usurp., & usucap.* Perciò Severo nella *cit. l.* 1. lo chiama *receptum*. Ma dissentivano taluni Giureconsulti, ed a ciò han mire quelle parole, *jam fere con-*

venit

venit nella *cit. l.* 41. Dee dirsi però, che Severo il primo abbia approvata la ricevuta sentenza. Inoltre dice *Trib. vel usucapionem*, alle quali parole deesi aggiungere ciò, che abbiamo dalla *cit. l.* 1. *C. eod.*, *postquam scientia intervenit*, cioè, che se mai il nostro Proccuratore abbia acquistato da chi non sia padrone, non ci si acquista il dritto di prescrivere, se non dal dì della scienza, o sia dal dì, che sappiamo di avere il nostro procuratore preso il possesso; e conseguentemente non ci giova l'usucapione del proccuratore, quando noi ignoriamo d'aver lui preso il possesso; invero per l'usucapione si richiede la buona fede, e non si può dire, che possegga, o colla buona, o colla mala fede, chi non ha la scienza di possedere.

TIT.

TIT. X.

De testamentis ordinandis.

§. I.

PAssa l'Imperadore a trttare de' modi civili universali di acquistare il dominio, il primo de' quali è l'eredità, avendo riserbato per la fine di questo II. libro gli altri due modi singolari di acquistare per mezzo de' legati, e de' fedecommessi. L'eredità è di due maniere, *ex testamento*, & *ab intestato*. La successione *testamentaria* esclude l'*intestata*, *l*. 39. *D. de adqu. hered*. e perciò si tratta prima di quella.

§. II.

Per antico dritto de' Romani una era la successione, cioè la legittima. Le LL. dell'intestata successione non poteansi togliere, che con altra L. (1). Ecco perchè bisognò fars' i testamen-

Tom.III. O ti

(1) Per la massima del dritto *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvi, quo colligatum est*. *l*. 35. *D. de R. J.*

ti ne' Comizj *Calati* (1), de' quali fa menzione *Trib.* §. 1. *h. t.* Onde restò fermo il principio, *testamenti factionem esse juris publici*, *l.* 3. *D. qui testam. fac. poss.* Di poi colle LL. Xvirali fu stabilito: *PATERFAMILIAS UTI legassit super pecunia, tutelave sua rei, ita jus esto*. E poichè la privata volontà non potea togliere le LL. pubbliche della successione; i Giureconsulti, i quali

(1) I Comizj *Calati*, cioè *convocati*, dove faceansi i testamenti, erano, o Curiati, o Centuriati, come ne accerta Gellio *Noct.* *XV.* 27., e perciò Vinnio non pensò bene quando scrisse, che non debbansi qui riferire i Comizj Curiati. E' certo però, che ne' Comizj Tributi non faceansi i testamenti, giacchè questi doveansi fare *in concione universi populi*, al dir del lodaro Gellio; all' incontro i Patrizj stimavano a viltà d' intervenire ne' Comizj Tributi. V Gruchio *de com. Tom. II.* 41. Dallo stesso Gellio è chiaro, che il popolo non convocavasi, per causa de' testamenti, ma i testamenti erano, come appendice de' concilj, giacchè quello convocavasi per promulgar le LL., per crear i Magistrati, per la guerra, per la pace, e per altri pubblici negozj. V. *Thomas. Diss. de prim init. succes. Testam.* §. *XVI.* Faceansi dunque i testamenti *per modum legis*, premessa la solenne rogazione. *Velitis, jubeatis Quirites, uti Lucius Titius L. Valerio tam jure, legeque heres sibi sit, quam si ejus filiusfam. proximusve agnatus esset. Hæc ita, ut dixi, ita vos quirites rogo*. Onde dottamente osservò il lodaro Tomasio *cit. diss.* §. XIII. che gli eredi istituiti in questa guisa fossero stati più tosto legittimi, che testamentarj.

li componevano le azioni di L. (V. la nostra Diatriba II. tom. I.) finsero, che l' eredità si alienava *inter vivos:* onde ne vennero i testamenti *per as*, *& libram*, *cit.* §. 1. *Inst. h. t.* (3). Questa è la vera ragione, per cui dopo la L. Xvirale s' introdussero i testamenti *per as*, *& libram*, dimostrata prima da *Binkers. obs. II.* 2. e di poi da Eineccio *Ant. h. t.* (4).. Ricevuta que-

O 2

(3) L' eredità, come *res mancipi*, non poteasi alienare, se non se colla *mancipazione*. Si costiruiva dunque *emptor familia*, cui il testatore, presenti cinque testimonj, *l' antestato*, *e 'l libripende*, vendeva l' eredità, Gellio *lib. XV. c.* 26., e proferiva la solenne nuncupazione: *hac*, *uti his tabulis*, *cerisve scripta sunt*, *ita do*, *ita lego*, *ita testor*, *itaque vos Quirites testimonium prabitote*. *Ulp. Fragm. Tit.* XX. §. 9.

(4) Il nostro Cavallari *Inst. Jur. Rom. h. t.* condanna questa congettura di Binkers. e di Einecc., e dice, che i Giureconsulti avessero escogitata la maniera di testare, *ut color aliquis esset*, *quo hereditas*, *salvis juris principiis*, *ad heredem post testatoris mortem transferretur*. Non saprei indovinare cosa intenda dire il dottissimo autore con quel *salvis juris principiis*. Uno era il principio del Romano dritto per la succcessione, cioè, che l' eredità dovesse deferirsi agli agnati più prossimi, senza potersene per testamento disporre. Per salvare un tal principio pensarono i Romani Giureconsulti alla fazione de' testamenti ne' Comizj Calari. E sebbene la legge delle XII. Tavole avesse poi concessa la libera facoltà di testare (ad esempio del Dritto Attico), pure per sal-

questa maniera di testare, il Pretore, il quale sotto colore di equità, spesso mutava il dritto civile (Vedi la citata Diatriba) introdusse un nuovo

salvare l'analogia fra il dritto pubblico della successione, e la cit. L. Xvirale, escogitarono i Giureconsulti la vendita dell'eredità, cioè la fazione de' testamenti per *as*, & *libram*. Ma ci piace di meglio sviluppare questa verità, per dire quanto abbiamo potuto riflettere a rendere illustrata la opinione di Binkers., e di Eineccio. Essendo ne' primi tempi del a Repubblica proibita fra Romani la facoltà di testare, acciò i beni da una in un'altra famiglia non passassero, per osservanza della L. di Romulo, il quale coll'aver diviso i terreni del suo picciolo stato a suoi Cittadini, ne volle la permanenza nella stessa famiglia (V. *Montesqu.* dello Spir. delle LL. lib. XXVII. *c.* 1.) ne avvenne, che ne' tempi posteriori si fecero i testamenti nelle grandi assemblee del popolo, come assi detto. Quando poi la L. delle XII. Tav. permise a Cittadini di eleggersi per erede quel Cittadino, ch'essi volessero, sembrò tuttavia assurdo, che un privato potesse alterare colla sua volontà ciò, che in conseguenza dell'antica legge politica erasi stabilito. Escogitarono però i Giureconsulti un mezzo di conciliare per tal riguardo le leggi pubbliche colla volontà de' privati, e fu appunto la fazion del testamento, *per as*, & *libram*, ch'era una imagine del vecchio rito; poichè richiesero cinque testimonj, che rappresentavano il corpo del Popolo, cioè le cinque classi del popolo, senza contar la sesta, come composta di persone, che quasi nulla possedevano (giusta la riflessione del lodato Montesq. *l. cit.*) in presenza de' quali l'erede comprava la famiglia del testatore, o sia l'eredità: un'altro cittadino, il quale fu detto *Libripende*, portava una bilancia per pesarne il prezzo, avvegnachè non ancora i Romani avevano la moneta (leggasi Liv.

nuovo genere di testare, giacchè dava il possesso de' beni, se il testamento fosse stato segnato da sette testimonj, §. 2. *Institut. h. t.* (5). Ma il testamento *per as*, *&* *libram*, il quale per molto tempo fa in uso, come ce ne attesta *Ulp. Fragm. XX.* 2. come pure il testamento Pretorio, girono in disuso; e, siccome opina Giacomo Gotofredo nella *l.* 1. *C. Theodos. de testam.*, da' tempi di Teodosio Giuniore; surse un nuovo genere di testarè, formato dall' antico Dritto Civile, e dal Dritto Pretorio, aggiuntevi successivamente alcune altre solenni-

 tà,

Liv. Lib. IV. ove parlando dell' assedio de' Vei dice, *nondum argentum signatum erat*, e non n' ebbero, se non se al tempo della guerra di Pirro). E questa solennità fu richiesta non solo nel fare i testamenti, ma in qualunque alienazione di cosa *mancipi*, o sia di *dominio quiritario*, come in più luoghi abbiam detto. Appunto perchè di queste tali cose, in forza dell' antico dritto pubblico, non potea disporre il privato, senza la pubblica autorità.

(5) Egli dunque nel suo editto tolse dal testamento civile la mancipazione, e la nuncupazione, ma accrebbe il numero de' testimonj, e volle di più segnate le tavole. De' sette testimonj, cinque rappresentavano quelli richiesti nella mancipazione, e gli altri due il Libripende, e l'Antestato. Questo testamento pretorio fu di frequente uso in tempo della republica, come ce ne attesta *Cicer. in Verr. l. 1. c.* 45.

tà, per le Costituzioni de' Principi. E questo è quel testamento, che Triboniano §. 3. *h. t.* chiama *tripartitum*, cioè risultato dal Dritto antico, dal Dritto Pretorio, e dalle Costitzzioni degl' Imperatori, della qual maniera di testare oggi noi ci avvaliamo, e nell'analizarla in questo titolo andremmo vedendo, come i requisiti corrispondono respettivamente al triplice Dritto. Questa sorte di testamento intese definire Modestino nella *l.* 1. *D. qui test. fac. poss.*, *voluntatis nostra justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult*. Distinguesi in *iscritto*, e *nuncupativo*, siccome il testatore vuol disporre, o *in scriptis*, che volgarmente chiamasi testamento chiuso, o *per nuncupationem*, cioè colla voce.

§. III.

E poichè il testamento *est voluntatis justa sententia*, ne siegue, che debbasi il testamento con certe solennità ordinare. Tali solennità sono, o *interne*, o *esterne*, l' omissione delle quali, ancorchè di una, vizia il testamento, *l.* 17. *l.* 23. *C. de fideicomm.* All' interne si riferisce la legit-

legittima istituzione dell'erede, la quale dovea farsi con parole dirette, ed imperative, come *Titius heres esto*, Ulp. *Fragm. XXI.* 1., sebbene oggi bastino qualsivogliano parole, *l.* 15. *C. de testam.* (6). Le solennità esterne erano molte, che noi partitamente esporremo.

§. IV.

Primieramente deesi fare il testamento *unico contextu*, §. 3. *Inst. h. t.*, cioè con atto continuato, e non interrotto da esterni atti, *l.* 21. §. 3. *D. qui test. fac. poss.*, purchè il morbo, o altra necessaria causa altrimenti non richiegga, *l.* 28. *C. de Testam.* (7). Doveano di più intervenire sette testimonj (8), specialmente rogati

(6) I testamenti erano una legge del popolo, e da ciò restò fissata la regola, che doveansi fare con parole di comando.

(7) Questa solennità è anche vestigio del vecchio rito. Ne' Comizj, ove prima faceansi i testamenti, se avveniva interruzione, l'atto riputavasi nullo. *Cic. ad Q. Frat. lib.* 3. *Epist.* 3.

(8) Repprefentanti i cinque testimonj usati nell'antica fazione de' testamenti *per aes*, *& libram*, il *Libripende*, e l'*Antefato*. Notiam qui di passaggio, che sebbene

ti (9); che vedessero il testatore, *l. 9. C. de testam.; quibuscum est testamenti factio*, al dire di Triboniano *§. 6. Inst. h. t.* (10), per cui nè

la

ne presso i Romani non faceasi veruna mancipazione senza l' *Antestato*; pure Ulpiano *Fragm: XIX.* 3. dove narra i solenni della mancipazione, e Triboniano §. 1. *h. t* dove parla del testameuto *per as, & libram*, non fanno veruna menzione dell' *Antestato*. Forsi perchè non era necessario, che l' *Antestato* fosse diverso da' testimonj, dal *Libripende*, e dal Compratore della famiglia, ma uno di questo facea le veci di quello nell' *antestare*, cioè nel tirar l' orecchio a ciascun testimonio, per ricordo della testimonianza prestata. E' certo, che l' antestazione non potea omettersi, tanto vero, che Clemente Alessandrino *Strom. lib. V.* ci lasciò scritto, che ne' testamenti *per as, & libram* venivan adoperate *attrectationes aurium*. *V. Sculting. in Gaj Inst. I. 6.* 3.

(9) Perchè ne' comizj calati si premetteva la solenne rogazione: *velilus, jubeatis Quirites &c.*

(10) Diversamente gl' Interpetri intesero questa frase. Eineco., detto *Ever. Ottone*, stimò, che quelli, *quibus non est testamenti factio*, dovessero intendersi, *quibus non liceret interesse Comitiis Calatis*, condannando l' opinione di coloro, i quali spiegarono sissatta regola per la *fazione attiva* del testamento, giacchè il figlio di famiglia puol' essere testimonio, non ostantechè non possa far testamento, ed altresì di quelli, che l' intesero per la *fazione passiva*, mentre la donna, e l' impubere non possono essere testimonj, ma possono istituirsi eredi, come pure riprovando l' opinione di quelli, che l' intesero per la *fazione attiva, e passiva*, giacchè la donna può fare testamento, e puol'essere istituita erede, ma non può fare testimonianza. All' incontro nel senso de' lodati chiarissimi Interpetri ben si rende ragione, perchè le donne, gl' impuberi, i servi,

ed

la donna, nè l'impubere, nè il servo (11) *cit.* §. 6.

ed i furiosi non possono esser testimonj. Il Cavallari nelle *tit. Inst. h. t.* condanna l'esposta sentenza, e smaltisce per sua una nuova congettura, che in verità egli trascrisse da Cirillo *Inst. Jur. Civ. eod. tit.* Ei dunque dice: *verum testamenta comitiis calatis, vel latis XII. Tab. usurpari desierant*. Ma dovea riflettere, che i testamenti *per as, & libram* furono simbolo di que' fatti ne' comizj calati, e per conseguente non poteano essere testimonj, se non se què cittadini, i quali poteano intervenire, e dare il suffragio ne' comizj. Soggiunge l'autore: *itaque sententia Justiniani est, eos tantum in testamento testes esse, qui possunt ex testamonto capere. Quod vero ex iis, qui ex testamento capiebant, multi essent, qui in testamento testes esse veterentur, Tribonianus statim post regulam subjungit exceptiones, ut ex contextu aperte constat*. Ma dal testo di Triboniano si rileva tutt'altro: egli fissa la regola: *testes autem adhiberi possunt illi, cum quibus testamenti factio est*: ed immediatamente passa ad enumerar le persone, le quali non possono far testimonianza. Domandiamo inoltre qual ragione sufficiente potrà addursi, perchè non possono esser testimonj quelli, li quali *non possunt ex testamento capere*? qual ragione potrebbe assignarsi di quel, che dice Ulpiano nella *l.* 20. §. 6. *D. qui testam. fac. poss.*: che la donna non possa far testimonianza nel testamento, *alias autem posse*? Conchiudiam dunque non esservi difficoltà veruna, che la congettura di Eineccio fosse la più plausibile, nè fa meraviglia, che la regola addotta sia estratta dal vecchio rito abolito tanto tempo prima di Giustiniano: imperocchè tutta la materia testamentaria lasciataci da Giustiniano nella sua compilazione è un' estratto dagli antichi riti, come man mano andiam osservando in questo Tit.

(11) Ma se qualche servo in tempo del testamen-

to

§. 6. *Inst. l.* 20. §. 6. *&* 7. *D. qui testam. facere poss.*, poteano essere testimonj al testamento: nemmeno *improbus*, *intestabilisque*, giusta l'espressione delle XII. Tavole presso Gellio XV. 13. come sarebbero *ob carmen famosum damnatus*, *l.*

18.

to (nel qual tempo si dee riguardare la condizione de' testimonj *l.* 22. §. 1. *D. qui testam. fac. poss.*) *omnium consensu* (cioè *omnium*, *qui in Civitate sunt*, *vel majoris partis*, come c' insegna Vinnio, e non già, come dice Donello nella *l.* 1. *C. h. t.*, che dovesse intendersi dell' opinione degli altri testimonj adoperati nel testamento) venga riputato uomo libero, e di poi si scovrà servo, dice Triboniano §. 7. *Inst. h. t.*, *tam Divus Hadrianus* (la di cui Costituzione leggesi nella *l.* 1. *C. de testam.*) *Catoni* (ne' più accurati Codici leggesi *Catonio*, e nella parafrasi di Teofilo, *Catonio Vero*): *quam postea Divus Severus*, *&* *Antoninus* (il rescritto de' quali non esiste nella compilazione di Giustiniano) *rescripserunt*, *subvenire se ex sua liberalitate testamento*. E ciò non solo, perchè *est parcendum justo omnium errori*, ma molto più per la pubblica utilità, giacchè al dir di Paolo nella *l.* 5. *D. quomod. testam aper.*, *publice expedit suprema hominum judicia exitum habere*. Non è vero quello, che scioccamente han detto taluni, *error communis facit jus*, e lo hanno addotto per unico motivo dell' enunciata disposizione, anzi è vero l' opposto, cioè *error communis non prodest l.* 44. §. 1. *D. de judic.* Difatti quando si cerca, se valga ciò, che opera il servo, mentre vien da tutti riputato libero, si distingue fra l' utile pubblico, e 'l privato. Nel primo caso vale: nel secondo si rende irrito l' atto, tostochè l' uomo si scovra servo, *l. Barbarius* 3. *de off. Prat.* Su questo articolo si occupano seriamente *Cujac. obs. XVIII.* 33. *e G. Gotofredo. Diss. in cit. l. Barbarius.*

18. §. 1. *D. eod.* per lo S. C.; e per le Costituzioni, gli Apostati, *l.* 3. *C. de Apost.*, ed altri. Inoltre non puol essere testimonio chi fosse in potestà del testatore §. 9. *Inst. h. t.* per l' unità della persona. Nemmeno l' erede istesso, o chi fosse nella di costui potestà, o il padre, alla dicui potestà l' erede sia sottoposto, o i fratelli dell' erede medesimo, alla stessa paterna eredità sottoposti, possono essere testimonj, §. 10° *Inst. h. t.*, ove Triboniano ne adduce la seguente ragione, *quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem, & heredem agi* (12). Possono però essere testimonj quei, che fossero tra loro congionti, *quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*, dice lo stesso Triboniano §. 8. *Inst. h. t. l.* 17. *D. de testib.*; siccome possono essere testimonj i legatarj, i fedecommessarj,

(12) Dice Triboniano *hodie*, poichè anticamente, nel testamento *per as, & libram*, l' erede scritto, e quei al medesimo congionti per vincolo di potestà, poteano essere testimonj; ma non così il compratore della famiglia, e quei al medesimo congionti, giacchè allora il testatore, non coll' erede, il quale per lo più era ignoto, ma col compratore della famiglia sembrava trattare l' affare testamentario.

rj, e quei, che sono della di loro famiglia; *quia non juris successores sunt*, al dir del medesimo nel §. II. ove Vinnio sostiene, contro l'opinione di Antonio Fabro, che dovesse lo stesso osservarsi non solo ne' testamenti scritti, ma pur anche ne' nuncupativi.

§. V.

L'enunciate solennità sono comuni sì al testamento scritto, che al nuncupativo. Nel testamento scritto si richiedono particolamente le altre seguenti solennità. Che il testatore scriva le tavole, il qual testamento si chiama *holographum*, e le sottoscriva, o non sapendo scrivere, adoperi l'ottavo testimonio, il quale sottoscriva in di lui vece, *l.* 28. §. 1. *C. de testam.* (13). Inoltre

(13) Giustiniano avea disposto, che il testatore, o gli stessi testimonj, esprimessero di propria mano il nome dell'erede, §. 4. *Inst. h. t. l.* 29. *C. de testam.* Ma ciò distruggeva la natura del testamento scritto, in cui bisognava ignorarsi il nome dell'erede, e perciò dallo stesso Giustiniano fu tale solennità di poi tolta, *Nov. CXIX. c.* 9. Bisogna qui notare, che i Romani per lo più adoperavano un Giurisperito nell'ordinare il testamen-

tre debbono i testimonj sottoscrivere, ed apporre i segni, o col proprio, o coll'altrui *anello*, o con altro istrumento, anzi tutti possono del medesimo anello avvalersi, §. 5. *Inst. h. t. l. 22.* §. 2. 5. & 7., *D. qui testam. fac. poss.*, *l.* 12. *C. de testam. Nihil autem interest testamentum in tabulis* (14), *an chartis, membranisve, vel in alia*

ma-

mento, perchè non si fosse ommessa qualche solennità del dritto. *Arrian. diss. Epict. II.* 13. *Cicer. de orat. II.* 6. *Sveton. Ner. XXXII.*, dove dice, che sotto l'Impero di Nerone non la passavano impuni que' Giureconsulti, i quali avessero scritto, o dettato i testamenti, senza far lasciare qualche cosa al Principe. V. ancora la *l. Lucius Titius* 38. §. 17. *D. de leg.* 2. Per iscrivere poi i testamenti adoperavano i servi, o i liberti, o alle volte puranche gli amici. Di quelli ne abbiamo gli esempj nella *l.* 1. §. 8. *l.* 15. *pr. D. ad leg. Cornel. fals.*; di questi presso Plinio *Epist. VI.* 22. Lo scrittore dell'altrui testamento nel nostro dritto vien detto *TESTAMENTARIUS*, del qual vocabolo V. *Briss. de form. VII. p.* 587., *e de V. S. v. TESTAMENTARIUS*. Che costui non potesse di propria mano scrivere per se il legato, fu stabilito, e sotto Nerone, e sotto Claudio, *Sveton. Ner. XVII.* 1. §. 7. *l.* 6. *l.* 14. *pr.* §. 2. *l.* 15. *D. ad l. Cornel. de fals.*

(14) E' fuor di dubio, che gli antichi scrivevano nelle Tavole cerate; ond'è grossolano l'errore di *Claud. Salmasio de subscr. test. cap. XXVI.* in asserire, che ne' libri de' Giureconsulti non siavi menzione delle Tavole cerate, quando l'opposto appatisce dalle *l.* 52. *pr. D. de leg.* 3. *l.* 19. *D. de bonor. poss. cont. tabul. l.* 1. *D. de bonor. poss. sec. tab. V. Sculting. ad Ulp. Fragn. XX.* 9. *e Cujac. obs. XI.* 14.

materia fiat, dice Triboniano §. 12. *h. t.*, purchè, il testamento si scriva colle lettere, non già in cifre, *l.* 6. §. *ult*, *D. de bonor. poss.*, poichè nell'interpretar le cifre facilmente si puol errare. Nemmeno importa, di qual lingua il testatore si avvalga, *l.* 21. §. *ult. C. de testam.*

DRIT-

DRITTO DEL REGNO.

§. I.

LE solennità, si intrinsiche, che estrinseche de' testamenti, sieno nnuncupativi, sieno scritti, stabil te dalle LL. Romane, sono presso di noi ricevute. Benvero, affinchè i testamenti, ed i codicilli abbiano la pronta esecuzione, cioè la *via esecutiva*, come dicesi nel Foro, debbono essere pubbliche scritture, cioè debbonvi intervenire, come in ogni altro contratto, cui si volesse dare la stessa forza, il Regio Notajo, e 'l Giudice a Contratti, *Pramm. 2. de contract.* In altro caso i testamenti, ed i Codicilli non saran nulli, ma in giudizio avran bisogno di pruova. Perciò il nostro Re ordinò, *Dispacc. tit. 55. lib. I. e II.*, che i testamenti, e gl' istrumenti scritti da' Notari creati per Pontificia autorità, detti *Protonotarj Apostolici*, siano *irriti*, e *falsi*. Al quale stabilimento taluni Scrittori intendono dare una benigna interpretazione, cioè, che non facciano alcuna pruova in giudizio, ma venendo al Giudice per altre pruove dimostrati, dovessero vale-

re

re i testamenti, quante volte avessero le solennità del Jus Civile richieste. Non saprei, come potesse aver luogo questa interpretazione, quando la legge del Sovrano è chiara.

§. II.

Fa di mestieri quì menzionare il capitolo di *Ladislao*, *non sine prudenti*. Perchè i Baroni sogliono incuter timore a' Notari sudditi, perciò fu disposto, che non potessero costoro fare istrumenti, o scritture appartenenti al Barone; e facendole, non avessero forza, nè in giudizio, nè fuora. E sebbene il capitolo non facesse menzione de' testamenti, pure questi debbono intendersi sotto nome d'istrumenti (1). Ma i nostri DD. vogliono, che il citato capitolo dovesse aver luogo nel solo caso, quando il Barone venisse scritto erede, o legatario, essendovi allora molto sospetto di frode, non già quando il Barone testasse. *V. de Mar. Res. I. Cap.* 18.

§. III.

(1) Ne' libri del Dritto Civile il testamento scritto alle volte dicesi *Instrumentum*. *V. Brisson. de V. S. v. Instrumentum*.

§. III.

Vediam' ora, come i testamenti presso di noi si aprono. I testamenti chiusi, che i Romani chiamavano ancora *mistici*, si aprivano presso i medesimi coll' autorità del Pretore, il quale facea intervenire i testimonj a riconoscere i di loro segni, *l.* 4. *D. testam. quem. aper. Paull. lib. IV. sent. t.* 6. Bastava l' intervento della maggior parte de' Testimonj *l.* 6. *D. eod.*; che se poi non avessero potuto, neppure nella maggior parte, intervenire, o per l' assenza, o per la morte, aprivasi il testamento innanzi del Pretore, e di altri uomini onesti, sostituiti in luogo de' testimonj, *l.* 7. *D. eod.* Presso di noi si aprono i testamenti innanzi al Notajo, e Giudice a contratti, da' quali furono solennemente formati, e presenti tutti i testimonj, che lo segnarono, o la maggior parte, o sostituiti altri uomini probi in luogo di quei, che mancano, e dopo aver i medesimi riconosciuti i di loro respettivi segni, debbe formarsi l' istrumento della ricognizione, e pubblicazione. Che se il Notajo, e 'l Giudice a contratti, o la maggior

parte de' testimonj sieno all'alta vita passati, il Presidente del S. R. C., coll' autorità di Vece-protonotario destinerà altro Notajo, altro Giudice, ed altri testimonj, *de Luca ad de Franchis, dec.* 429. Circa poi il tempo di aprirsi le Tavole (1), si osserva presso di noi, che potesse farsi l'apertura, e prima, e dopo il trasporto del cadavere.

§. IV.

Si è fra nostri Dottori disputato, se per l'apertura non fatta solennemente, si renda irrito il testamento, o solamente non abbia la pronta esecuzione. Che sia irrito porta, deciso dal S. C. *de Franch. decis.* 429. Per l'opposto *de Marin. Res. II.* 217. riferisce essersi deciso dal

(1) Si doveano aprire le Tavole anticamente fra tre, o cinque giorni dalla morte del Testatore, o come è più probabile, fra tre, o cinque giorni dopo elasso il decimo giorno dal dì della morte del testatore, giacchè per dieci giorni *familia polluta erat*, & *nihil auspicato agi poterat*. *V. Einecc. ad L. Jul. & Pap. Lib. III. c.* 1. §. 1. E per dritto nuovo doveansi aprire le Tavole non prima dell' esequie, cioè non prima del nono giorno, *Auth. sed neq. C. de Sepulcr. viol.*

dal S. C., che, non folamente, che il teftamento non debba dirfi irrito, ma che abbia pure la pronta efecuzione. Ma bifogna feguir la diftinzione di Bartolo nella *l.* 2. *D. teftam. quemad. aper.* abbracciata da più dotti, cioè, che il teftamento fatto per mano privata, fe rettamente non fi apra, fia irrito; quello poi fatto per mano di pubblico Notajo, debba valere, ancorchè rettamente non fi fia aperto.

TIT. XI.

De testamento militari.

§. I.

ABbiam detto di sopra, che nel testamento non si può tralasciare solennità alcuna, senza incorrersi nel pericolo della nullità. Vi sono nondimeno certi testamenti, ne' quali alcune solennità si tralasciano, e che perciò *meno solenni*, e *privilegiati* si appellano.

§. II.

(1) Il testamento de' Soldati non ha bisogno di solennità alcuna, nè interna, nè ester-

na,

(1) Siffatto testamento si diceva *in procinctu*, o *endo procinctu*, e faceasi da i soldati vestiti a modo de' Gabii *in cinctu Gabino*, che al dir di Servio *ad Virg. Æneid. Lib. VII. v. 612.*, era un vestir di toga *sic in tergum rejecta*, *ut ima ejus lacinia a tergo revocata hominem cingeret*. A questa foggia vestivansi dai Duci coloro, i quali ne' tempi calamitosi si sagrificavano a' Numi Infernali, per la salute dell' esercito, come abbiamo da *Livio VIII.*, 9. 10. *X.* 7. 28. e ad esempio di co-

storo

na ; a cagion del pericolo della vita ; che loro sovrasta , *l.* 1. *l.* 24. §. 2. *D. h. t. l.* 15. *C. h. t.* (2) Costoro in qualunque maniera , o col-

 la

storo anche gli altri soldati *in rebus trepidis* prendevano questa sorte di vestimento , come se essi ancora alle medesime divinità si sacrificassero . E siccome , per testimonianza del medesimo Storico *X.* 29 *XVI.* 11., la volontà de' primi aveasi per legge , così per legge ancora si ebbe la volontà di tutti gli altri militari, che a questo modo testassero , e ciò per un tacito consenso del popolo ; vale a dire , che come i testamenti de' pagani fatti ne' Comizj Curiati , erano *νομοι εγγραφοι* , *leggi scritte* , così i testamenti de' soldati erano *νομοι αγραφι* , *leggi non scritte* . Tali testamenti però erano molto rari , e non faceansi , che in qualch' estremo periglio , come ci attesta Plutarco in *Coriol. p.* 198. , e Vellejo Patercolo II. 5. , per cui , non concorrendo tal pericolo , e non vestendosi l' abito Gabino , doveano i soldati testare , come i Pagani . V. *Cesar. de B. G.* 139. *Floro III.* 10. La origine di siffatti testamenti *in procinctu* dee riputarsi antichissima , nè devonsi essi confondere col testamento *militare* , di cui fa menzione Giustiniano in questo Tit. dovendosi il medesimo derivare dalle Costituzioni de' Principi . *Ulp. Fragm. XXIII.* 10. , cioè dall' Editto di Cesare , per la prima volta , indi di Tito , di Domiziano, di Nerva , e finalmente di Trajano , *l.* 1. *pr. D. h. t.*

(2) Malamente *Tribon. pr. Inst. h. t.* dice , che a a questo privilegio abbia dato causa *nimia militum imperitia* , poichè anche coloro , che non erano soldati , e che erano periti del Dritto , come i Presidj . gli Ambasciadori , ed i Comandanti delle armate navali , stando in faccia al nemico , in questa guisa testavano , e i diloro testamenti , *si in hosticulo deprehendantur* , *& illic decedant*,

la scrittura, o colla voce, dichiarassero la proposta volontà, ancorchè non vi fosse presente il legittimo numero de' testimonj, nè fossero specialmente rogati, o non si fosse adoperata la solennità de' segni, e della sottoscrizione, legittimamente testano (3). Però questa dichiarazione di volontà debb' esser seria, e determinata, poichè, se qualche soldato in discorso familiare dicesse ad un'amico, *io ti dichiaro mio erede, io ti lascio i miei beni*, siffatto testamento, non de-

cedant, al dir di *Ulp.* nella *l. un. D. de bonor poss ex testam. milit.*, aveano tutto il vigore. All' incontro, se così fosse, l' istesso privilegio avrebbe dovuto accordarsi ai rustici, ed alle donne; nè i soldati usciti di pericolo sarebbero stati obbligati testare, come i pagani. La principal cagione di questo privilegio fu quella mentovata da *Ulp.* in detta *l. un. D. de bon. poss. ex test. milit.*, cioè l' imminente pericolo della vita, quantunque sia ancora credibile, ch' essendosi accordato questo privilegio allora quando la milizia mercenaria era succeduta in luogo della milizia *per delectum*, siasi ciò fatto dagl' Impp. per allettare i soldati ad ascriversi nelle compagnie, come congettura Eineccio nelle note a Vinnio *lib. II. Inst. h. t. n.* 1.

(3) Se il testamento si facesse colla scrittura, qualunque ella sia, è sufficiente, ancorchè i soldati, come abbiamo da *Silio Italico Lib. X.* e dalla *l.* 5. *C. de testam. milit.*, scrivessero la volontà loro *in vagina, aut Clypeo, literis sanguine suo rutilantibus, aut in pulvere gladio suo, ipso tempore, quo in prælio vita sortem derelinquunt.*

derivando da un animo deliberato, non deve in verun conto osservarsi, §. 1. *inst. h. t. l.* 24. *ff. eod.*

§. III.

Essendosi detto, che il testamento de' soldati non ha bisogno di solennità, ne siegue, che a differenza de' testamenti de' pagani possono in esso istituirsi eredi qualsivogliano persone, anche quelle, *quibus non est testamenti factio l.* 13. §. 2. *D. l.* 5. *C. h. t.* Possono in esso eseredarsi i figli; §. 6. *Inst. de exhered. lib. l.* 9. *l.* 10. *C. h. t.*; nè contro del medesimo ha luogo la querela *inofficiosi*, *l.* 29. *D. h. t.*. nè si rompe per *agnationem sui heredis l.* 7. *& seq. D. h. t.* Possono i soldati morire *pro parte testati*, *& pro parte intestati*, ed istituire gli eredi *in diem*, *& ex die l.* 6. *l.* 15. *l.* 37. *D. h. t. l.* 8. *C. eod.* Possono morire con più testamenti *l.* 19. *pr. D. h. t.*, ed istituire gli eredi anche ne' Codicilli, *l.* 36. *pr. D. h. t.* E' lecito ad essi loro di legare ad arbitrio, ancorchè all' erede istituito non fosse salva la Falcidia, *l.* 17. §. *ult. D. h. t.*

l. 12. *C. eod.*, e di sostituire in qualunque maniera, *l.* 5. *l.* 26. §. 6. *l.* 28. *D. h. t.* E finalmente la sola di loro volontà basta ad infermare il testamento antecedente *l.* 15. *pr. D. h. t.*

§. IV.

Dacchè nel medesimo testamento si dispensa anche alle solennità esterne, ne siegue, che se è *scritto*, non vi si richiede testimonio alcuno, e senza pericolo di nullità si possono tralasciare tutte quelle solennità, che abbiamo mentovate nel titolo precedente, basta solo, che costi d'essere stato scritto dal soldato *l.* 4. *pr. D. h. t.* Se poi il testamento fosse *nuncupativo*, bastano due soli testimonj (4) *l.* 12. *D. de testib.* ancorchè non fossero specialmente rogati *l. ult. D. de Codicill.*

§. V.

(4) Questi testimonj richiesti nel testamento *in procinctu*, al dir del Signore di Montesq. nel *Lib. XXVII.* della sua opera *dello Spirito delle LL.*, anche rappresentavano il popolo Romano, a somiglianza di quelli, che richiedevansi ne' testamenti, che si faceano *per as, & libram*, come abbiam detto di sopra.

§. V.

In questa guisa testano i Militari ; non solamente coloro, che sono nel numero de' combattenti, ma ben anche tutti quelli, che stanno in faccia al nemico, e che sono esposti all' istesso periglio *l.* 44. *D. h. t.* Anzi i sordi, ed i muti, che essendo nella milizia, hanno incominciato a patire di questa malattia, e che non ancora hanno avuta la di loro dimissione (5) ; possono nella stessa maniera testare *l.* 4. *D. h. t.* §. 2. *Inst. h. t.* ed anche coloro, che del proprio stato dubitassero, cioè se fossero, o nò *sui juris l.* 11. §. 1. *D. h. t.*

§. VI.

Abbiam detto nel §. II. che a questo testa-

(5) Ciò non ha luogo in coloro, che per natura fossero tali, mentre i sordi, ed i muti per natura non potevano essere ascritti al ruolo de' soldati, come quelli, che non potevano prestare il giuramento, non potevano sentire il comando, ed il segno del Duce, nè ricevere, e comunicare coi compagni il contrassegno della fentinella, che da noi si chiama il *Santo.* V. *Vinn. in comm. ad Inst.* §. 2. *n.* 1. *h. t.*

ſtamento abbia dato cauſa il periglio, che a' militari ſovraſta. Dunque allora ſi può in queſta maniera teſtare, quando ſi è nella *ſpedizione* (6), e perciò ſtandoſi ne' quartieri (7), fa duopo teſtare a modo de' *pagani*, ed ottenuta la licenza, perchè è ceſſato il periglio, non ha più vigore il teſtamento militare, ſebbene l' Imperadore nel §. 3. *Inſt. h. t.* vuole, che il teſtamento de' ſoldati *Veterani*, chiamati da *Suida* οι απολυθεντες της στρατιας, aveſſe la ſua forza, anche dopo un'

(6) Fu detta *ſpedizione*, perchè i ſoldati erano ſpediti, e pronti all'attacco, in qualunque tempo ſi preſentaſſe loro l'occaſione, e perciò non è l'isteſſa, che il conflitto, ma è appunto quel tempo, in cui ſi ſta ſull' armi, o che ſi vada in faccia al nemico, o che ſe gli dia alle ſpalle, o che ſi attenda per venir con eſſo lui a fatto d'armi. Caſſiodoro I. 17. diſſe, *hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota praliis, non debet aliis cogitationibus occupari*.

(7) Queſti furono detti *ſedes pr. Inſt. h. t. l. 17. C. eod. Veget. l. III. de re milit cap. 4. & ult.*; e furono ben diſtinti dalla ſpedizione, dicendoci *Salluſtio in Jugurt. c. 33., milites ex hibernis menſe Januario in expeditionem evocat*. Conteſero non poco gl' Interpetri ſulla parola *ſedibus* del citato luogo di Triboniano. Cujacio, e Giano a Coſta leggono *adibus*. Certamente nel Codice latino di Teofilo, di cui non abbiamo più antico, ſi legge *ſedibus*. Il chiariſſimo Noodt *obſerv. II. 16.* congettura, che i Librai imperiti, trovando ſcritto nel Teſ. *ſuiſ ſedibus* (giuſta l'antica maniera di ſcrivere) cioè *ſuis ſedibus*, aveſſero emendato con iſcrivere *ſuis adibus*.

un' anno, dal giorno della licenza, e la condizione, ch' esistesse dopo dell' anno, si avesse, come se avverata si fosse nel principio, o come se l'istituzione fosse stata fatta *pure*, *l.* 16. *ff.* *de condit. inst.*; però per licenza si deve intender quella, che si dà a' *Veterani*, che han compiuto il numero de' di loro *stipendj*, o per qualche indisposizione non possono più servire alla milizia, non già quella, che si dà con ignominia, a cagion di qualche delitto commesso, la quale fa sì, che il testamento di chi fosse in questa maniera licenziato, subito cessi di esser testamento militare, e di goderne il privilegio *l.* 26. *D. h. t. l.* 2. §. 2. *D. qui not. infam.* (8).

§. VII.

Potendo i figli di famiglia liberamente dispor-

(8) Essendo oggi giorno andata in disuso l'antica maniera di scegliere i soldati, e di comporre la milizia, han taluni negato, che a' soldati de' nostri tempi possa competere il privilegio di testare *jure militari*. Siffatto argomento è inetto, giacchè dura tuttavia la causa del privelegio, cioè il pericolo. V. *Perez. Tit. C. de testam. milit.*

sporre del di loro peculio *castrense*, e *quasi castrense*, come dicemmo nel titolo X. §. IV., e V., è chiaro, che li medesimi ne possono testare ancora; ma quando essi non sono nella milizia, debbono osservare il Dritto comune §. 6. *Inst. h. t. l. ult. C. de inoff. testam. l. ult. C. qui testam. fac.*, giacchè il privilegio di testare *Jure Militari* è stato dalle LL. accordato solamente a coloro, che stanno a *soldo*, sotto la milizia armata, nè in ogni luogo, e tempo; ma soltanto qualora si trovano nella *spedizione*, ed in faccia al nemico.

§. VIII.

Il testamento, che fanno i genitori a favore de' figli, gode parimenti de' privilegj; poichè, se costoro testano per scrittura, basta che il testamento si trovi scritto, o sottoscritto per mano del testatore, per non esserci bisogno di testimonio alcuno, *l. 21. §. 1. C. de testam.* Però *Giul. Clar. quæst. 14. n. 4.* avvedutamente dice, che qualora il testamento non fosse tutto scritto per mano del testatore, ma solamente sottoscrit-

to, per potere avere il suo vigore, ha bisogno, che vi sia notata una dichiarazione del testatore medesimo, che quella tale scrittura contiene il suo testamento, acciò sia lungi ogni sospetto di falsità, o di frode. E' necessario inoltre in tale scrittura, che siano espress' i nomi de' figli, le porzioni lasciate a' medesimi, e la data del tempo. *Nov.* 107. *c.* 1. Se poi testano *nuncupativamente*, bastano due soli testimonj, ancorchè non siano specialmente rogati, *argum. l.* 12. *D. de test.* Questi testamenti però sono validi a favore de' figli solamente, poichè, se insieme con essi fosse stata istituita qualche persona estranea, per rispetto alla medesima, non sussiste, e la porzione lasciatale accresce ai figli *l.* 21. *C. de testam.* Lo chè deve intendersi rispetto alla istituzione, non già se all' estranea persona siasi lasciata qualche cosa a titolo di legato, o fedecommesso, dovendo in questo caso siffatta disposizione valere, come prescrisse Giustiniano nella *Nov.* 107. §. *si tamen*, nella quale dichiarò il disposto della *cit. l.* 21., non già la corresse, come malamente credette l'anonimo Addente a Rapolla *comm. de Jur. Regn. Neap. P. II. Lib.* 2. *c.* 9.

2. *c.* 9. §. 4. *V. Perez. cit. tit.* 23. *de testam.*, dove rende ragione della differenza fra l'istituzione, e 'l legato, o fedecommesso, a favore degli estranei (9).

§. IX.

A chi testa in tempo di peste, per pericolo del contagio, vien dispensata la simultanea presenza de' testimonj *l.* 8. *C. de testam.* E perchi testa in campagna, bastano le sottoscrizioni, o i segni di cinque soli testimonj, fra' quali se uno solamente vi si trovasse, che sapesse scrivere, il medesimo potrà soscrivere anche per parte di coloro, che di scrivere fossero imperiti, purchè però non se ne potessero avere degli altri. *L. ult. C. de testam.* A questa classe ancora si rife-

ri-

(9) Fa meraviglia, come il dottissimo *Einecc. Elem. jur. Civ. h. t.* §. 545. asserisca su questo proposito, che l'*autent. quod sine C. de testam.* sia contraria alla *cit. nov.* 107. *c.* 1., quandoche è molto uniforme, come si ravvisa dalle seguenti parole: *in quo* (cioe nel testamento *inter liberos*) *& aliis legari, & fideicommitti, & libertas relinqui potest*. Molto più fa meraviglia aver egli asserito, che l'autentica suddetta disponga tutt' altro, da quel, che fu prescritto nella *l.* 21.

riscono i testamenti presentati al Sovrano, e quelli, che si fanno in presenza del Magistrato, presso gli atti, i quali sono sciolti dall'osservanza di qualunque solennità *l.* 19. *C. de testam.* poichè in questi casi l'autorità del Sovrano, e del Magistrato supplisce alla mancanza de' testimonj, ed alle altre solennità, e toglie qualunque sospetto di falsità, *V. Perez Prælect. in lib. IV. tit.* 23. *de testam. ord. n.* 31., quantunque Accursio, Bartolo, ed altri nel Comm. a detta *l.* 19. vogliano, che sia necessaria anche in questi testamenti la presenza di due testimonj; ma ciò senza alcun'appoggio di ragione, poichè dalla mentovata L. ciò affatto non si rileva. Finalmente in quel testamento, in cui s'istituiscono gli eredi legittimi, che nel testamento antecedente erano stati preteriti, bastano cinque soli testimonj, *l.* 21. *§. pen. C. de testam.* E questa è l'eccezione di quella regola, che il testamento posteriore imperfetto, non possa derogare all'anteriore perfetto, come meglio spiegheremo nel *tit. quib. mod. testam. inf.*

DRIT-

DRITTO CANONICO, E DEL REGNO.

§. I.

FRa i testamenti privilegiati evvi quello *ad pias caussas*. Alessandro III. nel cap. *cum esses 10. de testam.* rescrivendo al Vescovo Ostiense, ebbe per validi i testamenti; *quæ Parochiani coram Præsbytero suo, & tribus, vel duobus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate*, giusta le di lui parole: e nel seguente cap. *relatum*, rescrivendo a' Giudici Velletresi, confermò lo stesso. Il Vescovo *Covarruvias* nel *Comm.* alli *cit. cap.* Alciato nel cap. *novit. de Judic. n.* 47. e Facchineo *lib. VI. controv. c.* 47. dottamente giudicarono, che siffatte epistole decretali dovessero osservarsi soltanto nelle terre soggette alla Chiesa Romana nel temporale; e ciò ravvisasi dall'essere state rimesse al Vescovo di Ostia, ed a' Giudici di Velletri, quali luoghi sono al dominio temporale della Chiesa Romana soggetti. Nondimeno tali testamenti *ad pias caussas* s'intor-

troduſſero per ogni dove, ed i Dottori di poca rifleſſione non ebbero il ritegno di raſſomigliarli a quelli *inter liberos*, anzi al teſtamento Militare. V. Tiraquell. *de privil. pia cauſſa*, il noſtro Giuſeppe Sorge *tom. 6. Enucl. Juriſpr. pr. c. 36.*

§. II.

Ma nel noſtro Regno le citate diſpoſizioni del Dritto Eccleſiaſtico non ebbero giammai luogo. Imperocchè, avendo voluto Benedetto XIII. nel Sinodo Romano *c. 1. de teſtam.* confermarle, i due dottiſſimi Softenitori de' Regj Dritti, dico i Regenti Argenti, e Crivelli, puntarono il *cit. cap. I.*, come contraddicente alle LL. Civili, ed all'immemorabile conſuetudine del noſtro Regno. Gli ſteſſi Regj Cenſori ſi oppoſero altreſſi al *cit. cap. I.* del Sinodo Romano per quella parte, dove ſtabiliva doverſi preſtar piena fede a' Parrochi, e Confeſſori, che teſtificaſſero i Legati pii ad eſſi dal teſtatore comunicati *ad aures*, quante volte il medeſimo teſtatore dichiaraſſe avanti di due teſtimonj, che la di lui vo-

lontà, per riguardo a' legati pii, fosse quella manifestata al Parroco, o Confessore.

§. III.

Laonde in forza delle leggi del nostro Regno, nè i Parrochi, nè i Confessori, e nè tampoco i Notaj Apostolici meritano fede circa le pie disposizioni de' testatori, ma debbonsi osservare i solenni prescritti dal dritto comune, e quei testamenti soltanto meritano la pronta osservanza, che i nostri Dottori dicono *via esecutiva*, i quali si formassero per mano di Regio Notajo, e del Giudice Cartolario. Vedi l'appendice del dritto del Regno al titolo precedente. Ma delle pie disposizioni tratteremo più diffusamente nel dritto pubblico del Regno, ove dovremo ragionare dell' Amortizazione.

TIT.

TIT. XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

§. I.

LA fazion del testamento era del dritto de' *Quiriti*: perciò solamente i Cittadini Romani, e quei, ch' erano padri di famiglia poteano testare (1). E poichè il testamento *est voluntatis nostræ justa sententia*, si richiede *l' integrità della mente*, cioè, che il testatore fosse in retti sensi (2).

(1) *Paterfam. uti legassit super pecunia, tutelave sua rei, ita jus esto*, così stabilì il dritto Xvirale *Ulp. Fragm. T. XI. c.* 14.

(2) Le femmine anticamente non poteano testare, perche non aveano accesso ai *Comizj Calati*. Dopo le LL. Xvirali, sembra accordata la facoltà di testare eziandio alle donne, ma *auctore tutore*, giacchè esse erano sotto la perpetua tutela, *Cicer. pro Cæcin. VI. Ulp. Fragm. XX.* 15. Quelle, che *convenerant in manum*, non poteano certamente testare, perchè erano a guisa di figlie di famiglia, e *diminute di capo*, come dottamente insegnano *M. Aurel. Galvan. de usufr. IX. ult.*, e 'l chiarissimo *Ant. Sculting. ad Ulp. p.* 632. Onde errano *Cujac. observ. VII.* 11., e Aleandro *ad Caj Inst.* . *II.* 12. nel sostener l' opposto.

§. II.

Dal principio prima addotto siegue, che i servi non possono testare, *l.* 19. *D. qui testam. fac. poss.* I presi da' nemici (3), i testamenti de' quali fatti nella cattività ancorchè ritornino in Città, non valgono, *§. ult. Inst. h. t. l.* 8. *pr. D. eod.* in forza della regola Catoniana (4) *l.* 1. *pr. D. de R. J.* Per l'opposto il testamento fatto in Città, prima della cattività, vale per dritto *postliminii* (5), se il preso ritorni in Città; se poi muoja presso i nemici, anche vale per la finzione della L. Cornelia (6), *cit. tit. §. ult. Inst.*

(3) Imperocchè i presi de' nemici sono nella giusta servitù. Per l'opposto possono testare i presi da' ladroni, *l.* 13. *pr. D. qui test. fac. poss.*

(4) *Quod a principio non valet tractu temporis convalescere non potest:*

(5) Questa finzione fu da noi spiegata nel *tit. XVI. lib. I.*

(6) Questa L. congiunge i tempi della morte, e della cattività, cioè finge, che quello morto presso i nemici fosse morto Cittadino Romano in quel momento di tempo, che fu preso. Quando, o da chi fossesi tal legge promulgata, è incerto. E' probabile, che non fosse stata diversa da quella di Cornelio Silla *testamentaria*, di cui fa menzione *Cicer. in Verr. lib.* 1. *c.* 42. Così congetturò Otomano. Forse questa L. dispose qualche cosa eziandio del postliminio; data per vera tal congettura,

Inst. l. 12. *qui testam. facer. poss. l.* 16. & 18. *D. de captiv.* Nemmeno possono testare i peregrinj, o i deportati *l.* 8. §. 1. *D. qui test. fac. poss.* V. il tit. *XVI. lib.* I. E generalmente tutti quei condannati a morte *cit. l.* 8. §. *ult. l.* 29. *D. de pœnis*. Imperocchè, sebbene per dritto novissimo sia abolita la servitù della pena, pure i condannati a morte non possono testare, venendo i di loro beni pubblicati, quando non avessero ascendenti, e discendenti fino al terzo grado, i quali sono preferiti al Fisco, eccetto il delitto di lesa Maestà *Nov.* 134. *c. ult.* (7). A' figli di famiglia non si permette far testamento, neppure col consenso del padre, *pr. Inst. h. t. l.* 6. *pr. D. qui testam. fac. poss.* poichè la fazion del testamento è di pubblico Dritto *l.* 3.

rura, non meriterebbero essere da Vinnio notati di oscitanza gl'Impp. nella *l.* 9. *C. de postlim. reversis*, allorchè attribuiscono alla L. Cornelia, ciò ch'è del *jus postliminii*. Ed in vero il *jus postliminii* si dice da Paolo nella *L.* 19. *D. de captiv.*, & *postl.*, *moribus*, *legibus constitutum*.

(7) Nella *cit. Nov.* non fassi menzione de' collaterali, ma soltanto degli ascendenti, e descendenti, onde malamente Irnerio nell' *aut. bona damnator. C. de bonis proscript.* (la quale è estratta dalla detta novella.); estese il disposto della medesima a' fratelli, ed a collaterali fino al terzo grado, siccome notò Perez. nel *cit. tit. n*, 19.

D. eod., e 'l Dritto Xvirale accordolla a' soli padri di famiglia (8). Tantovero, che il testamento del padre di famiglia diviene irrito per l'arrogazione, purchè non sia soldato, *§. 5. Inst. de milit. testam.* Soltanto gl' Imperadori permisero a' figli di famiglia il testare de' beni Castrensi, ed indi ancora de' quasi Castrensi, *pr. Inst. h. t. l. ult. C. de inoff. testam.* V. il titolo precedente §. II. nella nota *num.* 1. (9); nè vale il testamento del figlio di famiglia, ancorchè morisse *sui juris*, perchè da principio nullo, *cit. pr. Inst. l. 19. D. qui testam. fac. poss.*

§. III.

Dall'altro principio, che riguarda l'integrità

(8) *Ulp. Fragm. XX.* 10. ne adduce per ragione, che il figlio di famiglia *nihil suum habet, ut de eo testari possit*. Ma la migliore è quella, che i figli di famiglia *non erant participes Juris Comitiorum, nisi magistratum gererent. V. Einecc. Ant. h. t. §. 17.*

(9) I Giureconsulti per salvare quel principio, che la fazion del testamento sia solamente de' padri di famiglia, supposero, che gl' Impp., coll' accordare a' figli di famiglia la facoltà di testare di siffatti peculj, fossero venuti a conceder loro la qualità di padri di famiglia per rispetto a tai beni. *L. 2. D. ad S. C. Maced.*

tà della mente, non possono testare taluni *per vizio dell'animo*. Fra queisti sono gl'Impuberi, *quia nullum eorum judicium est*, al dir di Trib. §. 1. *Inst. h. t.*, e, come meglio esprimesi Ulp. *Fragm. XX.* 12., *non dum plenum animi judicium habent*; I furiosi, *quia mente carent*, *cit.* §. 1.; dalle quali parole ben si capisce, che quì Triboniano sotto nome di furiosi voglia intendere ancora *dementes*, sebbene questi sogliansi distinguere. V. *Brisson. de V. S. v. dementes*. I furiosi sono propriamente, quei, che hanno i lucidi intervalli, ed in questi è loro permesso testare, *cit.* §. 1. *l.* 9. *C. qui testam. facere poss.* I prodigi, perchè rassomigliati a' furiosi, *l.* 12. §. 2. *D. de tut.*, *vel curat.*, nè tampoco possono testare, dopo loro interdetta l'amministrazione de' beni, §. 2. *Inst. h. t. l.* 18. *pr. D. qui testam. fac. poss.*, giacchè il testamento fatto prima dell'interdizione varrebbe, *cit.* §. 2. *Inst.* E poichè il vizio del corpo non suole andar disgiunto da quello dell'animo, per la legge della intima unione fra queste due sostanze; quindi è, che, per antico dritto, chi era solamente muto, o pure sordo, non potea testare, senza ottenere prima

 il

il permesso dal Principe *l. 7. h. t.* (10). Giustiniano però generalmente permise a tutt'i sordi, e muti di far testamento, senza la necessità di ricorrere al Principe, ma con qualche temperamento. Volle egli, che il muto, e sordo per natura non potesse far testamento: se poi per caso sia divenuto muto, e sordo, potesse testare; purchè sapesse scrivere, per così esprimere la sua volontà. Se poi taluno sia solamente muto, o solamente sordo, o per natura, o per morbo, potesse testare, purchè, o a voce, o in iscritto possa dichiarare la sua volontà, *l. 10. C. qui testam. fac. poss.* (11). Ma spiegasi Triboniano, *utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit*, (il quale

(10) Per la ragione, che costoro non poteano sentire la rogazione, nè dar il suffragio ne' Comizj; inoltre non poteano rogare i testimonj con pronunziare la solenne formula *VOS QUIRITES TESTIMONIUM PRÆBITOTE*. *Paull. sent. III. 4.* Ne' testamenti *per aes, & libram* dovea il testatore recitare la formula della mancipazione, e pronunzear le parole della nuncupazione, ed altresì sentire le parole del comprator della famiglia, Ulp. *Fragm. XX. 13. V. Cujac. Obs. VI. 37.*

(11) Vinn. §. 3. *Inst. h. t.* nota un assurdo nell'addotta costituzione di Giustiniano, cioè, che costui abbia creduto, che il sordo per nascita possa articolar parola, quandochè è certo, per esperienza, che il sordo per natività sia pur'anche muto, avvalendosi dell'autorità di Plinio, e di altri.

le direbbesi *surdaster* ὑπόκωφος *subsurdus*). *Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur* (il quale direbbesi *blaesus, balbus*, μογιλάλος). I ciechi per dritto antico poteano testare, come tutti gli altri cittadini (12), ma per Costituzione di Giustiniano, affin di evitare ogni sospetto di frode, che facilmente puole accadere nel testamento del cieco, deve costui testare nuncupativamente, e oltre di sette testimonj rogati, deve adoperare il Notajo, o in mancanza di questo, l'ottavo testimonio, il quale scriva la volontà del testatore, e se si trovi da altri scritta, la reciti avanti di tutti, e tutti debbono segnare il testamento, come se fosse *in scriptis* §. 4. *Inst. h. t. l.* 8. *C. qui testam. fac. poss.*

§. IV.

Ad alcuni in pena non si permette di fare il testamento. I. A' rei di lesa Maestà. II. Agli Apostati, ed agli Eretici, *l.* 3. *C. de Apost. l.* 4. *C. de*

(12) Imperocchè i ciechi poteano rogare i testimonj, e sentire la testimonianza, *Paull. sent. III.* 4. 4.

C. de haeret. III. A quei, che contraggono nozze incestuose, purchè non istituissero i figli da legittimo matrimonio procreati *l. 6.*, *& Auth. incestas. C. de incest. nupt.* IV. Ai condannati *ob carmen famosum*, *l. 18. §. 1.*, *l. 26. D. qui testam. fac. poss.*

DRIT-

DRITTO DEL REGNO.

§. I.

La consuetudine *filiusfam.* sotto il *tit. de filiisfam. volentibus testari*; *& de quibus bonis*, prescrive, che il figlio, o figlia di famiglia, purchè siano puberi, possono testare di que' beni avventizj, che dalla madre premorta, o dalla linea materna avessero acquistato, senza essere obbligati di lasciare al padre, o ad altri degli ascendenti paterni, se non la legittima, che la consuetudine chiama *debitum bonorum subsidium*. Degli altri beni avventizj non possono disporre, giacchè la consuetudine spiegasi, *in aliis bonis adventitiis, & undecunque sibi obvenientibus, jura communia observentur*.

§. II.

Senza fallo questa facoltà di testare de' figli di famiglia ebbe l'origine in Napoli dalle LL. Ateniesi, le quali furono adottate da' nostri maggiori, sebbene con limitazione. Ma diametral-

mente

Dicono però i nostri Dottori, che tal Consuetudine non sia da estendersi alla disposizione per atti tra vivi, perchè essendo correttoria del dritto comune, deesi strettamente interpetrare, *de Franch. decis.* 71. (2).

§. IV.

Sebbene si permetta a' figli di famiglia la facoltà di testare de' beni marerni, pure debbono lasciare la legittima al padre, come assi detto, la quale è il sestante dell' eredità. *V. de Franch decis.* 488., *e Molfesio de success. ab intest. P. IV qu.* 46. *n.* 42. Ma non perciò dovrebbe dirsi nullo il testamento, se vi si preterisse il padre, e nemmeno competerebbe la *querela inofficiosi*, si bene *condictio ex Consuetudine*, come porta deciso nel S. R. C. *Georgio alleg.* 27. *n.* 101. Imperocchè quelle parole, *salvo debito bonorum subsidio*,

(2) Questa opinione ricevuta nel foro, è contraria allo spirito della consuetudine, la quale, venendo originata dalle LL. antiche, considerò i figli sciolti dal nesso della patria potestà, e per conseguente capaci di acquistare, e di disporre delle proprie robe con qualunque titolo.

dio, non contengono un'assoluta, e necessaria condizione, sotto la quale venisse a' figli di famiglia accordata la libertà di testare; ma sembra, che la Consuetudine con tal debito sussidio avesse voluto dare un compenso al padre dell'usufrutto, di cui vien privato per la testamentaria disposizion del figlio (3). Se poi testasse un figlio di famiglia nato da matrimonio contratto alla *nuova maniera*, o sia all'uso di Capuano, e Nido, di cui parleremo appresso, non è tenuto lasciare la legittima al padre, giacchè rinunziò costui col patto ad ogni materna successione. *De Marin. Resol.* 345. *tom.* 1. *De Franch. dec.* 337.

TIT.

(3) Dee dunque dirsi erronea la opinione di Napodano, il quale riputò nullo, e inofficioso siffatto testamento.

T I T. XIII.

De exheredatione liberorum.

§. I.

L' Eseredazione de' figli, e la istituzione dell' erede formano la solennità interna del testamento. I figli in preferenza d'ogni altro debbono istituirsi eredi, e la natura lo esige, *cum omnia, quæ nostra sunt, liberis nostris ex voto paremus*, al dir del Giureconsulto nella *l. 50. D. de bonis libert.* (1). Un tempo per L. delle XII. Tavole era sì grande, ed estesa la patria pote-

(1) L'istesso abbiamo nella pistola LXIX. p. 65. di Falaride scritta alla moglie Erizia, dove εις τινας γαρ αν τις αναγκαιοτερους ευξαιτο περιουσιαζειν, γυναικος, η παιδος ουκ επιμεληθεις. *Quibus enim magis opibus suis aliquis prospiciat, nisi uxori, & liberis?* Onde a' tempi Eroici il miglior augurio, che potea farsi ad un genitore era quello, che fece Ulisse al Re Alcinoo, ed a Magnati, partendo dall'Isola di Corfù, come abbiamo da Omero *Odyss. VII. v. 149.* . . . . και παισι επιτρεψειεν εκαστος Κτηματ' ενι μεγαροισι . . . . *ut quisque possessiones suis liberis domi relinquat*. Essendo cosa dura, al dir di Pindaro *Olymp. Od. X. 5. v. 6. seq.*, che le sostanze di un padre dovessero piuttosto possedersi da un estraneo, che da' proprj figli.

potestà de' Romani, che siccome era loro lecito di uccidere i figli, così poteano ancora a loro piacere eseredarli, e preterirli *l.* 11. *D. de lib.*, *& posth. Liv. lib.* 1. *cap.* 34. *Ciceron. de orat. cap.* 38. ma poi avendo incominciato i padri di famiglia ad abusarsi di questa libertà di eseredare, *maligne circa sanguinem suum inferentes judicium*, *novercalibus delinimentis*, *instigationibusque corrupti*, al dir di Gajo nella *l.* 4. *D. de inoff. testam.* la legge impose la necessità, o d' istituire, o di eseredare i figli costituiti in potestà, di manierachè ci era gran differenza tra i *figli suoi*, e gli *emancipati*, tra i *legittimi*, e gl'*illegittimi*, i *naturali*, e gli *adottivi*, tra i *nati*, ed i *postumi*, e finalmente tra quelli di *primo*, e quelli di *ulteriori gradi*.

§. II.

I figli *suoi* maschi di *primo grado* già *nati*, per questa legislazione, o doveano nominatamente istituirsi, o nominatamente eseredarsi (1), in altro

(1) Si eseredita nominatamente un figlio in questi ter-

altro caso il testamento era *ipso jure* nullo, *pr. Inst. h. t. l.* 30. *D. de lib.*, *& posth.*, ancorchè il figlio preterito fosse premorto al padre, *l.* 1. *D. de Reg. Cat. l. pen. D. de R. J.* §. 32. *Inst. de legat.*. Le figlie poi, e i maschi di *gradi ulteriori* poteano eseredarsi *inter cateros* (3), come a cagion di esempio, se il testatore, dopo aver istituiti alcuni, dicesse, *cateri vero exheredes sunto*; e se mai fossero stati preteriti, senza essersi nominati affatto, non rendevano nullo il testamento, ma concorrevano nella divisione della

termini, *Titius Filius meus exheres esto*, giusta la formola dataci dall'Imp. *pr. Inst. h. t.* o pure *filius meus exheres esto*, purchè però in questo caso non se ne avesse, che uno, poichè avendosene di più, niuno s'intende eseredato, *l.* 2. *D. de lib.*, *& posth.* E se un padre non volesse chiamare a nome un figlio, che eseredita, e dicesse *natum ex Seja*, o pure, secondo l'antico costume, *non nominandus*, *non filius meus*, *latro*, *gladiator &c.* va ben fatta l'eseredazione *l.* 3. *D. de lib.*, *& posth.*

(3) La ragione, per cui li figli maschi del primo grado doveano essere nominatamente istituiti, o nominatamente eseredati, e gli altri figli di gradi ulteriori poteano eseredarsi *inter cateros*, sembra esser fondata in ciò, che più strettamente quelli, che questi si stimano attaccati ai genitori, onde gli antichi Giureconsulti insegnavano, che i figli maschi di *primo grado* uscivano dalla patria potestà per mezzo di tre mancipazioni, e le femine, ed i nipoti discendenti da maschi ne uscivano per mezzo di una sola, come dicemmo nel tit. XII. lib. I.

eredità insieme con quegli istituiti, o secondo la frase del Testo *pr. Inst. h. t. jus tamen adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur*, qual dritto di accrescere, secondo Ulpiano *Fragm. Tit. XXI.* §. 17., era nella porzion virile, se concorrevano cogli altri figli, nella mettà, se concorrevano cogli estranei; e ciò avea luogo non solo, se si fussero istituiti li soli figli, o li soli estranei, ma ben' ache se si fussero contemporaneamente istituiti, e gli uni, e gli altri, in qual caso dice .*Paul. Sent. III.* 4., *filio, & extraneo æquis partibus institutis, si præterita accrescat, tantum suo evocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit*, e così la figlia preterita veniva ad esser di miglior condizione degli altri figli istituiti, V. Vinnio *pr. Inst. h. t.*

§. III.

I figli postumi, come persone incerte, per dritto antico non poteano istituirsi, e perciò neppure dovevano nominatamente eseredarsi, §. 25. *Inst. de legat.* Ma perchè li medesimi, se nascessero

fero *vivente patre*, diventerebbero fuoi eredi, & *agnafcendo teftamentum rumperent*, invalfe l'ufo di doverfi dai padri di famiglia iftituire, o efe- redare (4) *l.* 10. *D. de lib.*, & *poft.* §. 1. *Inft. h. t.*

R 2

(4) Ciò deve intenderfi di tutte le fpezie de' poftumi, non folamente di quelli, che nafcono dopo la morte del padre, che fi chiamano *veri l.* 3. §. 1. *D. de inj. rupto*, *irr. teftam.* ma benanche di tutti gli altri, che fi chiamano quafi *pofthumi*, come fono. Gli *Aquiliani*, cioè quei nipoti, che nafcono, premorto il figlio, dopo la morte dell'avo, che giufta la formola di Aquilio Gallo, da cui riceverono il nome, debbono o iftituirfi, o eferedarfi. La formola è la feguente; *Si filius meus, vivo me morietur, tunc fiquis mihi ex eo nepos, five qua neptis, poft mortem meam in decem menfibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes funto l.* 29. *D. de lib. & pofth.*. Li *Vellejani*, o fieno, quelli, che nafcono vivente l' avo, dopo la morte del padre, i quali fi devono iftituire, o diredare in virtù del 1. capo della L. Giulia Velleja. O pure quelli, che nati prima del teftamento dell' avo, diventano di lui eredi, fuccedendo in luogo del padre premorto, e perciò debbano ancora o iftituirfi, o eferedarfi, per il capo 2. della fteffa L. Velleja, come abbiamo dal Giureconfulto nella *cit. l.* 29. §. 12. 13. 14. Li *Salviani*, cioè quei, che nati dopo il teftamento dell'avo, morendo di poi il padre, fuccedono in di lui luogo, li quali fimilmente per un refponfo di Salvio Giuliano menzionato in *d. l.* 29. §. 15., debbono, o iftituirfi, o eferedarfi. E finalmente i *Corneliani*, ovvero quelli. che generati prima della fchiavitù del padre, nafcono in Città, dopoche il medefimo fia ftato fatto prigioniero, così chiamati, per la L. Cornelia, che fu promulgata per convalidare i teftamenti di coloro, che moriffero in poter de' nemi-

h. t. con questa distinzione, che i maschi di *primo grado* nominatamente, colla formola *quicunque heres mihi genitus fuerit heres esto;* le figlie poi, ed i nipoti, *inter cæteros*, purchè però alle medesime si fosse lasciata qualche cosa *jure legati*, acciò non sembrassero preterite per dimenticanza, §. 1. *Inst. h. t.* altrimenti non rendevano nullo il testamento, ma colla di loro nascita lo *rompevano cit.* §. 1. *Inst. h. t. l.* 10. *D. de lib.*, *&* *posth.*, per la ragione, che era cosa incerta, se nascessero, e che la di loro preterizione sembrava essere derivata da un'ignoranza piuttosto, che da un' animo sdegnato del testatore.

§. IV.

Gli emancipati, considerandosi fuori della famiglia §. *6. Inst. quib. mod. jus patr. potest.*, non era necessario, che s'istituissero, o si esere-ditas-

nemici, come abbiamo dalla *l.* 15. *D. de inj. rupt. irr. nupt. testam.* Di questi postumi Corneliani V. Cujacio nella *l.* 12. *D. qui testam. fac.*, e Fabro *conject.* X. 9. *&* 10.

ditassero, e poteano liberamente preterirsi, senza pericolo di nullità di testamento, §. 3. *Inst. h. t.* Ma poi il Pretore, il quale a poco a poco arrogossi la facoltà *supplendi, corrigendi, & adjuvandi jus*, *l.* 7. §. 1. *D. de just. & jur.*, (V. la nostra Diatriba II. T. I.) diede loro il possesso de' beni *contra tabulas*, se, essendo maschi, non fossero stati nominatamente istituiti, o esereditati, ed essendo femmine non fossero state esereditate *inter cæteros* §. 3. *Inst. h. t. l.* 6. & 7. *D. de bon. poss. contr. tab.* (5).

R 3 §. V.

(5) In questo caso sembra essere stata migliore la condizione delle figlie emancipate, che delle figlie, le quali erano ancora sotto la patria potestà, poichè quelle rescindevano il testamento *jure Prætorio*, e succedevano *ab intestato*, queste per dritto citto civile, salvo il testamento, *adcrescebant ad certam portionem* agli eredi istituiti, come dicemmo. Ma riflette Vinnio *h. t.*, che le figlie in potestà preterite, oltre il dritto di accrescere, che aveano per dritto civile, godevano ancora l'istesso dritto, che l'emancipate, per equità pretoria, e per conseguenza non fuvvi quell'assurdo falsamente notato da Bacovio. Ma dopo la Costituzione di Antonino rapportata nella *l. ult. C. de lib. præt.*, le figlie colla possessione de' beni *contra Tab.* non conseguivano più di quel, che loro spettava per il *jus accrescendi* del Dritto Civile.

§. V.

I figli adottivi, finattantochè erano sotto la potestà del padre adottante, riputandosi simili a coloro, ch' erano nati dalle giuste nozze, doveano benanche nominatamente istituirsi, o eseredítarsi, e se venivano preteriti rendevano nullo il testamento, *l. 1. D. de bon. poss. contr. tab.* Se poi costoro fossero stati emancipati dal padre adottivo, in questo caso non avendoli più per figli, poteano liberamente preterirsi, senza pericolo di nullità, e ad essi non dava soccorso alcuno, nè il Dritto Civile, nè il Dritto Pretorio, *l. 4. D. si tab. test. null. ext.* Se però, li medesimi fossero stati emancipati, vivendo il padre naturale, qualora da costui fossero stati preteriti, o malamente eseredati, ottenevano dal Pretore il benefizio della possessione de' beni *contra tabulas*, come tutti gli altri figli emancipati, come se mai fossero stati adottati, §. 4. *Inst. h. t. d. l. 4. D. si tab. testam. null. ext.* (6).

§. VI.

(6) I figli adottivi per quel tempo, che stavano nella famiglia adottiva, si stimavano estranei per rapporto

§. VI.

Tutto ciò, che si è detto avea luogo per Dritto antico, posteriore però al Dritto Xvirale; poicchè per Dritto di Giustiniano la cosa cambiò aspetto, mentre questo Imperatore nel §. 5. *Inst. h. t.* e nella *l.* 4. *C. de lib. præter.* volle, che tutt'i figli di qualunque sesso, o nati, o postumi dovessero nominatamente istituirsi, o eseredarsi, altrimenti essendo preteriti dal padre, o dall'avo paterno rendono nullo il testamento; essendo preteriti dalla madre, o dall'avo materno, lo rescindono. *Nov.* 115. *c.* 3. Gli emancipati all'incontro domandano il possesso de' beni *contra tabulas*, *l.* 4. *C. de lib. præt.* E con altra Costituzione nella *l.* 10. *C. de adopt.* stabilì, che i figli adottati dagli ascendenti dovessero assolutamente istituirsi, o eseredarsi; quelli poi adottati dagli estranei potessero impunemente pre-

R 4 terirsi

to al padre naturale, tanto dalla legge, quanto dal Pretore. Onde costoro, se fussero stati preteriti nel testamento del padre naturale, non potevano dichiararlo nullo per dritto civile; nè poteano ottenere il possesso de' beni *contr. tab.*, per dritto pretorio, *l. ult. und. lib.* §. 10. *Inst. de hered. ab intest.* Sembrando un assurdo, che dovessero succedere ne' beni dell' uno, e dell' altro padre.

terirsi dal padre adottivo, dovendo però istituirsi, o eseredarsi dal padre naturale.

§. VII.

Dell' istessa maniera tutte quelle persone, a' quali la legittima porzione per natura si dovesse, debbono nominatamente istituirsi, o eseredarsi. Così tutti gli ascendenti, o preteriti, o ingiustamente diseredati, rescindono il testamento colla querela *inofficiosi* §. 1. *Inst. de .noff. testam.* La porzione leggittima, giusta la definizione dataci da Eineccio *Elem. Jur. Lib. II. Tit. XIII.* §. 563. *est portio hereditatis ex præscripto legum certis personis relinquenda.* La medesima si deve primieramente ai figli, quindi a' genitori, e finalmente ai fratelli, e sorelle germani, e consanguinei, nel solo caso però, se ad essi venisse preferita qualche persona turpe, *l.* 27. *C. de inoff. testam. Nov.* 115. *cap.* 3. 4. Siffatta porzione per Dritto antico era la quarta parte di quella porzione, che *ab intestato* potea spettare, ma poi per disposizione della *Nov.* 118. *c.* 1. fu la terza parte, se il numero de' figli fosse di quattro, o meno

no di quattro; e la metà, se il numero de' medesimi arrivasse a cinque, o più di cinque.

§. VIII.

L' eseredazione all' incontro *est a legitima hereditate exclusio* (7). Acciò la medesima sia rettamente fatta, fa d' uopo delle seguenti condizioni. I. Che sia fatta nominatamente. II. Che sia fatta puramente, e non già sotto condizione

l. 3.

(7) Qui si deve notare, che la eseredazione non era l' istessa, che *l' abdicazione*, colla quale i genitori discacciavano dal diloro cospetto i figli discoli, ed indegni. Ne abbiamo gli esempj presso *Valerio Massimo V. 8. 3. e 4.* La medesima ad imitazione de' Greci, che la chiamavano ἀποκηρύξιν, erasi anche introdotta fra' Romani, sebbene non sia stata approvata dalle LL., come abbiamo dalla *l. 6. C. de patr. potest.*, nè sia stata un modo di sciorre la patria potestà, secondo *Otòm. parat. jur. X. 10.* Luciano *in abdicato* ce ne descrive il rito, che era il seguente. Il padre di famiglia, avendo ricevuta qualche ingiuria da un figlio, lo chiamava avanti il Magistrato, e dopo essersi provata la causa, lo spogliava delle vesti, e lo bandiva da se. Ed era tale l' effetto, che il padre non era più tenuto di alimentare il figlio, nè qualche altro lo poteva ricevere, senza che sembrasse ledere lo stato. Per farsi tale *abdicazione* molte poteano essere le cagioni; e Seneca III. *controv. 9.* ne fa menzione di due, quando dice. *quare abdicas? numquid dies, noctesque impendo turpibus conviviis? plurimum vivo in lupanaribus?*

l. 3. §. 1. *D. de lib.*, & *posth.* III. Da tutta l' eredità, *l.* 19. *D. eod.* IV. Da tutti li gradi (8), e da tutte le persone (9) *l.* 3. §. 2. 5, 6. *D. eod.* V. Finalmente deve farsi con giusta causa; imperciocchè allora quando s' introdusse, che il padre di famiglia dovesse essere nella necessità, o d' istituire, o di ereditare i figli, s' introdusse benanche, che la eseredazione dovesse essere con giusta causa, e non già capricciosa, mentre, al dir di Seneca *de Clement. lib.* 1. *cap.* 14.,

(8) Poichè, se il testatore in grado d' istituzione avesse preterito il figlio, e poi l' avesse eseredato in grado di sostituzione, non avendosi alcun conto del primo, il testamento incomincia a valere dal secondo grado, *l.* 3. §. *ult. D. de lib. & post.* L' eseredazione sembra fatta *ab omnibus gradibus*, o che si faccia prima della istituzione dell' erede, o dopo tutt' i gradi, o fra li due gradi, *d. l.* 3. §. 3. *l.* 1. *C. de lib. prater.* ove leggasi *A. Perez.*

(9) Onde se l' eredazione facciasi dalla persona di un solo erede, non vale, p. e. se si dica *Titius heres esto in fundo Sejano, & filius exheres esto in hoc fundo Sejano, Cajus Sempronius, Mevius heredes sunto*, *l.* 19. *D. de lib. & posth.* O pure, *Titius heres esto in triente, in quo filius exheres esto; Sempronius in besse heres esto*: nel qual caso dice il Giureconsulto Marcello presso Ulpiano nella *l.* 8. §. 3. *D. de poss. bon. contr. tab.*; *filium non videri exheredatum, idcirco contra tabulas bonorum possessionem peti posse contra utrumque heredem*.

14., nessuno di sana mente eseredita i figli, *nisi magna, & multa injuria patientiam evicissent*.

§. IX.

Non sembrò espediente alla Repubblica, che siffatte cause fossero incerte, e che dipendessero dall'arbitrio del Giudice (10); perciò l'Imperadore Giustiniano nella *cit. Nov. cap.* 3. le ridusse a XIV., che sono le seguenti. I. Se il padre fosse stato provocato con gravi ingiurie dal figlio. II. Se il figlio avesse ardito porre le mani addosso al padre. III. Se gli avesse macchinata la morte. IV. Se per rapporto, o dinunzia fatta dal figlio, il padre avesse sofferto un grave danno. V. Se il figlio avesse trattato con malefici, o venefici (*μετα των φαρμακων*). VI. Se avesse voluto impedire di far testamento al padre. VII. Se

(10) A tempi di Cicerone i Centumviri aveano la cognizione di molte cose mentovate nel lib. *de Orat. I.* 38. Ma a' tempi de' Giureconsulti si occuparono nelle sole cause ereditarie, e specialmente, se il testamento si dicesse inofficioso, onde derivò *judicium centumvirale* nella *l.* 13. *D. de inoff. testam.*, e li medesimi aveano l'ispezione, se le cause della eseredità zione fossero, o non fossero giuste.

Se essendo il padre in furore, l'avesse abbandonato, senza prendersi cura di lui. VIII. Se essendo il padre nella schiavitù presso i nemici, non gli avesse voluto proccurare il riscatto, *soluto* λυτρῳ. IX. Se il figlio fusse divenuto Eretico tale, che negasse i primi quattro concilj generali. X. Se avesse accusato il padre di un delitto capitale, eccettuatone però il delitto di lesa Maestà. XI. Se colla madrigna, o concubina del padre *sese immiscuerit*. XII. Se controvoglia del padre si fosse associato co' *Mimi*, o sieno *Commedianti*, o cogli *Arenarj*, purchè il padre non fosse della stessa professione. XIII. Se essendo il padre carcerato, non avesse voluto liberarlo colla malleveria, o per la persona, o per lo debito. E XIV. finalmente, se la figlia di età maggiore, volendo il padre maritarla, e prestarle la dote, per quanto si estendono le forze del patrimonio, avesse voluto piuttosto appigliarsi al partito di far la meretrice, e di darsi τῳ αισχρῳ βιῳ, alla vita vergognosa.

§. X.

§. X.

Le cause, per le quali è lecito eseredare i genitori si riducono a VIII. e sono le seguenti, I. Se avranno accusato i figli di un delitto capitale, escluso quello di lesa Maestà. II. Se con veleno, o in altro modo avessero tramata la morte a' figli. III. Se il padre avesse ardito violar la moglie, o la concubina del figlio. IV. Se i genitori avessero proibito al figlio di far testamento di quelle cose, delle quali han facoltà di testare. V. Se non avessero voluto riscattare il figlio dalle mani de' nemici. VI. Se essendo il figlio furioso, l'avessero abbandonato. VII. Se i genitori fossero eretici. E VIII. finalmente, se il padre avesse ardito propinar il veleno alla madre, o questa a quello. *Nov.* 115. *cap.* 4. Queste cause sono più poche delle precedenti, poichè ai genitori son lecite molte cose, che meriterebbero gastigo in persona de' figli.

§. XI.

§. XI.

Il fratello, e la sorella, possono liberamente preterire nel di loro testamento li fratelli, e le sorelle, tanto germani, quanto consanguinei, purchè non s'istituisca qualche persona *turpe*; poichè in questo caso è necessario, che o s'istituiscano, o si esereditino per le tre seguenti cause. I. Se il fratello, o la sorella avesse insidiato la vita del fratello, o della sorella. II. Se l'avesse accusato del delitto capitale. III. Se gli avesse cagionato grave danno ne' beni. *Nov. XXII. cap.* 47.

§. XII.

Quantunque per disposizione della *Nov.* 115. *cap.* 3. non sia lecito apporre alrre cause di esseredazione, oltre le mentovate di sopra, pure al dir di *Vinn. Inst. lib. II. tit. de inoff. testam.*, e di *B. Uber. Praelect. Inst. h. t.* §. 10., è giusta ancora quella eseredazione, che si facesse per cause egualmente, o più atroci delle sopradette, come

come per eſempio: ſe il padre foſſe ſtato battuto da un'altro, quando il figlio poteva impedirlo: ſe aveſſe iſtruito, o prezzolato un'accuſatore contro del padre.

TIT.

TIT. XIV.

De heredibus instituentibus.

§. I.

LA istituzione dell' erede è la interna solennità del testamento, senza la quale non può questo sussistere. E poichè non esistendo figli, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle, o pure esistendo venissero giustamente diredati, o preteriti, si puole scrivere erede ogni altro, perciò in questo titolo si tratta di tale spezie d' istituzione, cioè della *volontaria*, e non già della *necessaria*.

§. II.

Dicesi l' erede *successor in universum jus; quod defunctus habuit*, *l.* 24. *D. de V. S. l.* 62. *D. de R. J.*. Quello si puole istituire erede, e con quello *est testamenti factio*, chi nel tempo, della morte del testatore, e dell' adizione (*l.* 49. §. 1. *D. h. t.* §. 4. *Inst. de hered. qualit.*

lit., *& diff.* (1) sia di tal condizione, che possa succedere nell' universo dritto del Cittadino Romano.

 §. III.

(1) Ma questo importante articolo ha bisogno di maggiore sviluppo. Dice dunque Triboniano nel citato §. 4. doversi riguardare l' abilità dell' erede, *tempore testamenti*, acciò la istituzione costi: *tempore mortis*, perchè sortisca l' effetto: *hoc amplius, & cum adit hereditatem, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit.* Certamente si attendono soltanto i tempi estremi, cioè, che non nuoce all' erede la mutazion del dritto, la quale *medio tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem existentem contingat.* Le stesse parole leggiamo presso Florentino nella *l.* 49. §. 1., *D. de hered. inst.* Non corre però la stessa ragion del terzo tempo dell' adizione. Imperocchè divenendo inabile l' erede dopo la morte del testatore, e prima dell' adizione, la istituzione svanisce, col deferirsi subito l' eredità ai secondi, o ai legittimi eredi. Or dunque le parole di Florentino, e di Triboniano *hoc amplius, & quum alis hereditatem*, debbonsi intendere, come se avessero scritto, *quousque adit*. Tantovero, che essi tacciono del tempo tramezzo, fra la morte del testatore, e l' adizione. Malamente intanto stabilirono per terzo estremo il tempo dell' adizione. Dee dirsi dunque il terzo estremo il tempo dell' esistenza della condizione, di cui fecero anche menzione i lodati Giureconsulti, con dire, che non nuoce all erede il cambiamento del suo dritto fra la morte del testatore, e l' avveramento della condizione. Bisogna conchiudere con Vinnio nel *cit.* §. *In pura institutione estremi duo sunt, testamenti, & mortis testatoris: medium unum, quod inter duo ista tempora intercedit. In conditionali institutione tria: nam tertium facit exi-stem-*

§. III.

Possono dunque istituirsi eredi i Cittadini (2), non già i peregrini, *l.* 2. §. 2. *D. h. t. Cicer. pro Cæcin. c.* 35., e per conseguenza nemmeno quei, che han patita la massima, e media diminuzione di capo, *l.* 1. *C. eod.* II. I servi, così proprj, che alieni si possono istituire, *pr. Inst. h. t.* A servi proprj coll' istituzione s'intende tacitamente data la libertà, ancorchè il testatore non l'avesse espresso, siccome stabilì Giustiniano, seguendo il sentimento dell' antico Giureconsulto Atilicino (3) *cit. pr. Inst. l.* 5. *C. de ne-*

stentià conditionis; media, quæ non nocent, duæ. Ecco dunque sviluppato, e posto in chiaro ciò, che confusamente scrissero Florentino, e Triboniano.

(2) Per dritto antico non tutt' i Cittadini Romani poteano essere istituiti eredi, nè in tutto. Così i Celibi per la L. Papia Boppea, non poteano essere istituiti; ma' questa pena del Celibato fu tolta poi da Costantino il Grande, *Sozom. Hist. Eccl.* 1. 9. Gli orbi, i genitori senza figli, i quali in parte solamente poteano *ex testamento capere. V. Einecc. Comm. ad L. Jul.*, & *Pap.* II. 21. Le donne ancora non poteano istituirsi, oltre certa somma, in forza della L. Voconia, di cui leggasi il chiarissimo Giacomo Perizonio *de L. Voconia*.

(3) Fa meraviglia, perchè Pomponio nella *l.* 2. *de O. j.* non faccia menzione di questo Giureconsulto. Di que-

necess. serv. hered. Inst. I servi alieni acquistano l'eredità *ex persona domini*, col dicui comando debbono adirla; sicchè in essi si riguarda la persona del padrone, il quale debb' essere capace di acquistare l'eredità, altrimenti l'istituzione sarà nulla, *l.* 31. *l.* 40. *D. h. t. l.* 10. *de rer. dom.* III. Le persone incerte, purchè per l'evento si possano render certe, o per altra ragione, si possono istituire, §. 25. 26. & 27. *Inst. de legat.*; e perciò i poveri *l.* 24. *C. de Episc. & Cleric.* Le Chiese *l.* 1. *C. de SS. Eccl.*, le Città, i Collegj, e Corpi leciti, *l.* 12. *C. h. t.* (4).

questo abbiam l'Epistola diretta a Proculo (della di cui famiglia sembra essere stato) presso Paolo nella *l.* 17. *de pact. dotal.*

(4) Per dritto antico le persone incerte non poteano istituirsi eredi: come i Municipj, i Collegj, i Dei, perchè *non poterant cernere hereditatem*. *V. Ulp. Fragm. XII.* 5. Di poi, col Senato Consulto Aproniano, fu permesso a Municipj di poter essere istituiti eredi da' Liberti, e di poter acquistare i fedecommessi, *Ulp. ibid.* A certe Deità con un ridicolo Senato Consulto fu accordato il *jus trium liberorum* per poter essere istituiti eredi secondo le regole della legge Papia, *Dione Cass. Lib. IV. Ulp. ibid.* Finalmente alle Città, e Collegj leciti fu accordato di acquistar l'eredità, *l.* 12. *C. de hered. Inst.*; ed alle stesse Chiese da Costantino M. *Euseb. Hist. Eccl. Lib. X. c.* 5. *l.* 4. *C. Theod. de Episcop. Eccl. Lib. XVI. tit.* 2. dove V. Giacomo Gotofredo.

§. IV.

Sono molti, a' quali in pena vien denegato il dritto di acquistare *ex testamento*. A' figli di de' perduelli, *l. 5. §. 1. C. ad L. Jul. Maj.* Agli Apostati, *l. 3. C. de Apost.* Agli Eretici, *l. 4., & 5. C. de heret.* All' Università de' Giudei, *l. 1. C. de Jud.* A' corpi illeciti, *l. 8. C. h. t.* I genitori, e figli incestuosi sono indegni di acquistar fra loro, *l. 6. C. de incest. nupt. Auth. ex complexu C. eod.* I figli naturali, cioè nati da concubina, se vi sieno figli legitimi, un oncia solamente possono acquistare dal testamento paterno, e otto oncie quantevolte sieno superstiti al testatore i soli ascendenti, *Nov. 89. c. 12.* (5). Il Conjuge passato a seconde nozze non può lasciare al secondo Conjuge più di quel, che ha lasciato ad uno de' figli del primo letto, *l. 6. C. de sec. nupt.* Nè la donna puole istitui-

re

(5) Giustiniano volle appartarsi dal dritto antico, in forza del quale i figli naturali poteano istituirsi egualmente, che i legittimi, giacchè il concubinato era lecita congiunzione, ed i figli naturali non aveano veruna nota di infamia, anzi erano fra gli onorati cittadini stimati.

re il suo adultero, nè l'adultero la sua adultera, *l.* 13. *D. de his, quæ ut indign. auf.* Nemmeno è lecito *litis causa Principem relinquere heredem*, al dir di Triboniano §. 8. *Inst. quib. mod. testam. infirm*: giusta la legge dell'Imperatore Pertinace.

§. V.

I Giureconsulti considerarono l'eredità, come un asse, e la divisero in XII. parti, distinguendole con proprj nomi fino all'asse. Onde una sola parte dicevasi *uncia*: due parti *sextans*, quasi la sesta parte dell'asse: tre parti *quadrans*: quattro *triens*: cinque *quincunx*: sei *semis*, cioè la metà dell'asse: sette, *septunx*: otto, *bes*: nove, *dodrans*: dieci, *dextans*, o *decuns*: undeci, *deuns*: dodeci, *as*. §. 5. *Inst. h. t.* Puole però il testatore seguire, o la natural divisione dell'eredità, o pure dividere l'asse in qualunque numero di oncie, *cit.* §. 5. *Inst. l.* 47. §. 1. *l.* 81. *pr. D. h. t.* (6).

 §. VI.

(6) Il duplicato asse diceasi *dupondium*, il triplicato *tri-*

§. VI.

Da quel principio, che il pagano non puol morire parte testato, e parte intestato, sieguono i seguenti Corollarj. I. Se un solo erede, senza coerede (7), sia stato istituito nel semisse, o in certa parte, si prende l'intero asse, *cit.* §. 5. *Inst.* *l.* 1. §. 4. *D.* *h.* *t.* II. Istituiti più coeredi, senza definizione di parti, l'eredità dividesi fra loro egualmente, §. 6. *Inst.* *l.* 9. §. 12. *h.* *t.*, ben inteso, che più persone congiunte si computano per una *l.* 11. *l.* 13. *pr.* *D.* *h.* *t.* III. Se siansi espressate le parti dal testatore, e superi qualche cosa dell'asse, ciò a tutti accresce in ragione delle porzioni, nelle quali sono stati istituiti, ed all'incontro, se siansi espressate più oncie

tripondium, onde quello comprende 24. oncie, questo 36. Anzi l'oncia eziandio dividesi nelle sue parti. *V. Einecc.* *Ant.* *h.* *t.*

(7) Imperocchè, se abbia il coerede, allora quello, che si è istituito *in re certa*, si ha in luogo di legatario, *l.* 13. *C.* *h.* *t.* E se più sieno stati istituiti *in re certa*, ciascuno prende la parte eguale, ancorchè il testatore avesse loro assegnato cose d'inegual valore, *l.* 9. §. 13. *D.* *h* *t.*, ben'inteso, che ciascuno prendesi, *ante partem*, la cosa certa lasciatagli, a guisa di un prelegato, *l.* 35. §. 1. *D.* *eod.*

oncie di quelle, che compongono l'asse, le oncie eccedenti decrescono a ciascuno, anche per rata, §. 7. *Inst. h. t.* IV. Se le parti sono state espresse nelle persone di alcuni eredi, ma nelle persone degli altri non sono state espresse, quei, che sono stati scritti senza parte, si prendono la porzione vacante: che se poi niente superi dell' asse, quei, che sono stati istituiti nelle parti espresse, si prendono la metà, e gli altri l'altro semisse, o che vale l'istesso *ex asse fit dupondium*, e se il dupondio sia esausto, *fit tripondium*, purchè il testatore non avesse detto *ex reliqua parte Titius heres esto*, perchè in questo caso Tizio resta escluso. *l.* 17. §. 3. *D. h. t.*

§. VII.

Si può istituire l'erede, o *pure*, o *sub conditione*, §. 9. *Inst. h. t.*, ma non però *ex die*, *vel ad diem*, come se si dicesse *post quinquennium*, *quam moriar*, o pure *ex Calendis illis*, o pure *usque ad Calendas illas heres esto*, giusta le parole di Triboniano nel *cit.* §. 9., per quel principio, che il testatore morrebbe parte testato,

e parte intestato. Ed in tal caso il giorno apposto alla istituzione si ha per non scritto, e questa rimane pura, purchè il giorno sia certo, altrimenti se sarà incerto, cioè d'incerta esistenza, si avrà per condizione, *l. 76. D. de condit., et dem.*, come se l'erede s'istituisse così, *Titius heres esto, quum Sempronius Consul erit.*; abbiam detto, se il giorno sia d'incerta esistenza, perchè s'è certo, che dovesse esistere, ed incerto il quando; allora solamente si avrà per condizione, quando si apponga all'estraneo, non già all'istesso erede, *p. e. Titius heres esto, quum Sempronius morietur*, ma se si ascriva all'istesso erede, *p. e. Titius, quum morietur, heres esto*, allora si avrà per non apposta. V. Vinnio nel §. 9., ove se n'adduce la ragione

§. VIII.

La condizione è una circostanza, dalla quale si sospende l'atto, come da incerto evento (8). I dottori, sebbene con poc'accuratezza

(8) Quindi la condizione, che dicono *in praeteritum*,

za, la dividono in *possibile*, ed *impossibile* (9), e quella la suddividono in *potestativa*, *casuale*, e *mista*. Chiamano condizione *potestativa* quella, che e' in potestà dell'erede, *p. e. se anderà in Roma* (10): la *casuale* è quella, che dipende dal fato, *p. e. Se sarà eletto Console*: la mista è quella, che dipende, parte dall'arbitrio dell' erede, e parte dal fato, *p. e. Se anderà in Roma, essendo Mevio Console*. La condizione *impossibile* e' quella, che per niun conto puol sortire l'effetto, o per natura, *p. e. Se toccherà il Cielo col dito*; o per legge, la quale vieta ciò farsi, *p. e. Se ucciderà Mevio* (11); o per i buo-

tum, vel in præsens, non è vera condizione, *l.* 10. §. 1. *D. de condit. Inst. l.* 120. *D.* §. 6. *Inst. de verb. oblig.* Perciò non sospende l'eredità, ma, o subito la deferisce, o subito la rimuove; siccome la condizione, o si vede subito esistere, o non esistere.

(9) Imperocchè alla condizione impossibile non si può applicare la definizione della condizione.

(10) E perciò la condizione potestativa si divide in *negativa*, ed *affermativa*: la *negativa* non sospende l' eredità, ma può subito l' erede adirla, purchè dia la cauzione, che dicesi *Muciana*, di non venir contro la condizione, *l.* 7. *pr. D. de condit.*, & *demonst.*

(11) Le cose, che si fanno contro le Leggi si hanno per impossibili da' Filosofi; non perchè gli uomini non

buoni costumi, a' quali la condizione ripugna; come, *se salterà nudo nel foro*; o finalmente, per la perplessità delle parole, se le parole pugnino tra loro, di sorte, che la condizione non puol' aver esito, *p. e.* Si *Titius heres erit, Sejus heres esto: Si Sejus heres erit, Titius heres esto*, giusta l'esempio recatoci da Marciano nella *l.* 16. *D. de condit. Inst.*

§. IX.

Circa la condizione possibile, bisogna osservare le sequenti regole I. Il suo erede non puol istituirsi sotto altra condizione, fuorchè sotto la potestativa, *l.* 28. *D. de condit. Inst. l.* 4. *pr. l.* 5. *l.* 6. *l.* 89. *D. h. t.* II. All'erede estraneo si puol ascrivere qualunque condizione possibile, e e se sono più condizioni copulative, debbonsi adempire tutte: se siano alternative, basterà adem-

non potessero fisicamente oprarle, ma piuttosto, perchè intendesi la libertà circoscritta, ed impedita a poter fare tali cose. Elegantemente disse Papiniano nella *l.* 15. *D. de condit. Inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos, credendum est.*

dempirne una *l.* 5. *D. de condit. dem.* §. 11. *Inst. h. t.* III. Se la condizione siasi conferita in arbitrio del terzo, e non manchi per l'erede di adempirla, si ha per adempita, *l.* 3. *l.* 23. *D. de condit. Inst.* IV. Pendente la condizione, la istituzione stà sospesa; e verificandosi la condizione, il di costei evento si *retrotrae* al tempo della morte per finzione di dritto, e la istituzione si ha, come fossesi fatta *pure*, *l.* 26. *D. de condit. Inst.* (12). E se l'erede morisse prima dell'evento della condizione, la istituzione svanisce, e si da luogo alla successione *ab intestato*, *l.* 8. *pr. l. ult. D. de condit. Inst.* (13).

§. X.

Circa la condizione impossibile, debbonsì osservare le seguenti regole. I. la condizione impossibile, o per natura, o per legge, o per costumi, si ha per non scritta, e l'istituzione si ha, come

(12) Per salvar quel principio, *ne testator decedat partim testatus, partim intestatus*.

(13) Ma ne' contratti morendo uno de contraenti prima, che esista la condizione, l'azione si trasmette agli eredi. §. 4. *Inst. l.* 57. *D. de V. O.*

come se fosse fatta *pure*, *l.* 1. & 9. *D. de condit. Inst. l.* 45. *D. h. t.*, §. 10. *Inst. h. t.* (14). II. La condizione perplessa rende inutile l'istituzione, *l.* 16. *D. de condit. Inst. l.* 188. *D. de R. J.*

DRIT-

(14) Altrimenti ne' contratti, i quali restano viziati da qualunque condizione impossibile, §. 10. *Inst. de inut. stipulat. l.* 31. *D. de O. & A.* La ragione è questa. I contraenti, allochè consentono nella condizione impossibile, sembrano scherzare, e folleggiare: ma non così il testatore, il quale *in re tam seria, & cogitatione mortalitatis, serio agere, & non ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum est, sed mendum ei potius excidisse, quod favore ultimae voluntatis corrigitur, & tollitur lege, ne id heredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur*, giusta l'espressioni di Vinnio nel *cit.* §. 10. *h. t.*

DRITTO DEL REGNO.

NOn evvi legge del Regno, che contraddica al Dritto Romano, in ordine alla istituzione dell'erede. Però abbiamo alcune Consuetudini, le quali in parte sminuiscono la libertà de' testatori.

§. I.

La *Consuet. si aliquis sotto il tit. de success. ex testam.* stabilisce, che morendo un padre di famiglia non possa indifferentemente disporre de' suoi beni, ma colla distinzione tra' beni antichi, cioè vegnenti dalla paterna, o materna linea, e trà beni acquistati da se; di questi puol liberamente disporre, salva la legittima a' figli: di quelli, per la sola metà, dovendo lasciare l'altra metà a' figli, purchè non avesse giusta causa di diredarli (1).

§. II.

(1) Forse questa Consuetudine derivò pure dalle LL. Ateniesi, giacchè in Atene, acciò i beni si fossero conservati nella famiglia, chi avea figli non potea affatto dis-

§. II.

E' fuor di dubio, che la Confuetudine, avvalendosi della parola *liberi*, comprenda tutti i discendenti *l.* 220. *D. de V. S.*, e che i figli succedano in *capita*, i nepoti in *ſtirpes*. Come pure, che non si debba estendere a' figl' illegittimi, ne' a quelli legittimati per rescritto, se vi sieno legittimi, giacchè i rescritti de' Principi non si debbano supporre conceduti in pregiudizio del terzo, purchè non vi sia la clausola de *plenitudine poteſtatis*, ovvero *non obſtante &c. Gaill. II. Obs.* 142. *n.* 8. Si quistiona però fra' DD. se la metà de' beni antichi spetti a' discendenti *hereditario Jure*, o pure *ex providentia legis*. Napodano, poggiato alla porola *relinquere*, che disegna fatto del testatore, e peso ereditario, sostenne, che succedano per *Jus ereditario*, cioè, come eredi; Afflitto, de Franchis, de Rosa segnirono questo sentimento. Molfesio, ed altri, con maggior ragio-

disporre del suo patrimonio, ma i nostri maggiori adottarono siffatte leggi colla moderazione, giacchè coartarono a padri di famiglia la libertà di testare per la sola mettà de' beni antichi.

gione, sostengono l'opposto; poichè la *consuet.* vieta espressamente il testarsi de' beni antichi, e vuole, che si dia la metà a' discendenti, val quanto dire, che a costoro si debba detta metà per provvidenza di legge, e debbasi considerare, come legittima, e perciò non suscettibile di peso; quindi siegue, che per l'acquisto di essa metà non si richiegga disposizione testamentaria, ne' adizione per trasmetterla (a).

§. III.

A' beni antichi si riferiscono così gl' immobili, che i mobili, purchè sieno nel distretto di Napoli, poco importando, se il possessore sia cittadino, o estero. Sono anche antichi que' beni, che il padre acquistò per eredità del figlio premorto, attente le parole della *consuet. ex quocun-*

(a) Si è detto, che la metà debbasi lasciar senza peso: ma se il defunto con buona fede, cioè senza frode (imperocchè la frode del Defonto non deve nuocere ai chiamati) avesse imposto de' pesi per atti tra' vivi, i quali non possono soddisfarsi dalla libera porzione, debbano detrarsi dalla metà de' beni antichi; Invero tal metà spetta a' discendenti dopo la morte del testatore, il quale vivente puol disporre senza frode.

cunque latere obvenientibus, le quali si debbano intendere *ex quibuscunque consanguineis*, come riflette Napodano. Fra' beni antichi dee anche numerarsi il denaro ritratto dalla vendita de' beni antichi, ma non dee per tale riputarsi il fondo comprato col danaro medesimo, e più tosto annoverarsi fra beni nuovi. *V. Merl. lib. 2. controv. cap. 9.* (3). Eziandio tra beni antichi dee dirsi il censo consignativo costituito in cosa stabile fuori del distretto di Napoli, purchè siavi il patto, che il pagamento dovesse farsi nel detto distretto, *De Franch. decis.* 93. Sebbene *Provensale* sulla *consuet. si moriat.* 665. 13. avesse difesa la contraria sentenza. V. De *Luca nella cit. dec.* di *de Franch.*

§. IV.

(3) Ci sembra però molto equa la sentenza di Francesco Rapolla *Comm. de J R. Neap. P. II. Lib. II. c.* 7. §. 12. il quale spiegasi in questi termini: *verum hac sententia aequitate temperanda est, modo alienationes, ac nova emptiones non fiant in fraudem consuetudinis; nam accidere potest, ut pater, vel novercalibus odiis instigatus erga filios, vel alia ratione, ad hoc vendat omnia bona antiqua, & emat nova, ut meditate fraudet filios, siquidem malitiis est occurrendum, idque Judicis remittitur arbitrio & circumstantiis.*

§. IV.

La Consuetudine *etsi testator* sotto il titolo *de success. morient. sine fil. ex testam.* determina, che se il testatore non abbia discendenti, possa de' beni antichi (ch' egli in tempo di morte realmente possegga, e sieno nel distretto di Napoli) liberamente disporre per la metà soltanto, dovendo lasciar l'altra metà a' più prossimi della linea, donde son venuti i beni, e che liberamente ancora possa disporre de' beni da se acquistati. E siccome la Consuetudine si avvale della parola *disponere*, che dinota atto di ultima volontà, perciò si permette l'alienazione de' beni antichi per ogni titolo tra vivi, purchè non facciasi in frode della legge, *arg. L. 17. D. quæ in fraudem credit. de Rosa in detta Consuetud. n. 14.* cessa però la Consuetudine, se al testatore sopravvivesse il padre, la madre, od altri ascendenti, ed in tal caso potrà testare, giusta il dritto comune, *Capyc. in cit. Consuetud. lit. D.* siccome porta deciso anche nel S. C. Camillo Salerno sulla stessa Consuetudine *lit. D.* E' fuor di dubio, che gli Agnati, ed i Cognati

succedano a questa metà de' beni antichi per *providenza* della *Consuetudine*, non già per *jus ereditario*, come assi testè detto de' figli. Quindi si dee lasciar libera, e senza verun peso: anzi non sono i detti parenti tenuti a sodisfar i legati lasciati sulla metà, alla quale son chiamati, *De Franch. dec.* 84., e nemmeno le spese de' funerali, come porta deciso nel S. R. C. sulla stessa *Consuetud. lit. F.* In oltre, se sia scritto erede il prossimo Agnato, e Cognato insieme con altro estraneo, ed a quegli sia lasciato un legato, ma senza animo di compensare, la metà dee prima dedursi, come debito, e come legittima, senza alcun peso, *Rovito lib.* 1. *Cons.* 96. *n.* 5. *&* 6.

§. V.

Le addotte Consuetudini concernono i testamenti de' maschi, passiam' ora alla Consuetudine *si qua moriens* sotto il *tit. de muliere habente filios, qualiter dotem disponit*, la quale riguarda il testamento delle donne. In essa si prescrive, che una donna, che avesse discendenti, potesse

tesse lasciare per ultima volontà agli estranei la decima parte de' suoi beni dotali, o di altri a ei pervenuti dagli agnati, e cognati suoi per successione, o per altro titolo lucrativo, e le altre nove parti dovesse a' suo figli lasciare ugualmente (3).

§. VI.

L' espressata consuetudine parla del testamento della donna, che abbia figli. Imperocchè non avendo figli, dee disporre secondo la consuetudine *& si testator*, di sopra spiegata. Nelle nove parti son chiamati così i figli, che i discendenti di ultimo grado, giacchè la consuetudine si esprime, *filios, seu liberos*, ben inteso, che i nipoti succedono in *stirpes*, *arg. Nov.* 118. *c.*1. Nè dee badarsi, se sieno i beni siti nel distretto

(4) Questa Consuetudine si oppone al Dritto Romano, in virtù del quale la madre è tenuta lasciare soltanto la legittima a' figli. Ma si ravvisano in essa i vestigj del dritto Attico, cioè, che i beni si serbino nella famiglia. Onde avvertì molto bene *de Franch. decis.* 374. *n.* 14. che la Consuetudine abbia per fine, *ne filii fraudentur per matrem successione agnatorum, & cognatorum suorum*.

di Napoli, o fuori, giacchè questa *Conf.* non riguarda i beni, ma le persone, siccome ci attesta essersi deciso nel S. C. *de Franch. decis.* 472. *n.* 6. Anzi la Consuet. avrà luogo, ancorchè sopravvivesse il padre, o la madre, contro la general regola, che le Consuet. trattanti delle successioni dovessero cessare, ove al defunto sieno superstiti gli ascendenti: imperocchè nel caso nostro il padre, o la madre, avendo i figli, a questi principalmente deve aver mira, e però non possono gli ascendenti dolersi, come fu deciso nel S. R. C., al riferir del lodato *de Franch. ibid.* Per quelle parole della Consuetudine *in sua ultima voluntate relinquere*, dicono i nostri interpreti, che possa la donna disporre de'suoi beni per atti tra vivi, senza però far frode alla Consuetudine. Anzi Molfesio, ed altri si avanzarono a dire, che la donna passata a seconde nozze potesse lasciare al secondo marito la metà delle sue doti, pel motivo, che la Consuetudine, la quale devesi strettamente interpretare, non parla della donna binuba: ma questa sentenza non merita essere seguita, perchè opposta alla ragione della legge, che è l'utilità de' figli, e per altri motivi, che

si

si possono leggere presso il nostro Fimiani, *Elem. Jur. Priv. Neap. P. II. L. II. c.* 8. §. 3.

§. VII.

Non puote la madre delle nove parti assegnare più ad un figlio, che all' altro, ma deve egualmente distribuirle, giacchè son dovute per provvidenza di legge, non già per giudizio della testatrice. Son preferiti i figli a' creditori della madre. Non così, se ella abbia per giusta causa contratt' i debiti. *De Franch. decis.* 607. *con de Luca*. Se poi la madre istituisse eredi i figli nelle nove parti, ed un estranea nella decima, non avrà luogo il *jus accrescendi*; onde ripudiando i figli le di loro porzioni, si deferiranno agli eredi legittimi, giacchè vengono per diverso dritto all' eredità; i figli per provvidenza di legge, l' estraneo per dritto ereditario. Di quello poi, che il marito ha dato per ornamento, ed uso alla moglie (che *paratum* si dice nella Consuet.) e di ciò, che in tempo delle nozze il marito le donò, come pure di quel, che abbia con qualunque titolo dagli estranei ac-

 qui-

quiſtato, o pure con titolo oneroſo da' ſuoi congiunti, puole la donna liberamente diſporre, giacchè la conſuetudine parla delle doti, e de' beni pervenuti con titolo lucrativo dagli agnati, o cognati, cioè per ſucceſſione, legato, o donazione. Si quiſtiona, ſe poſſa la donna diſporre ſecondo il *jus comune* de' beni acquiſtati per eredità del figlio premorto: e ſebbene la Conſuetudine parli de' beni paterni, materni, e de' conſanguinei per lato: pure il *Napodano* su queſta Conſuetudine, *de Franch. deciſ.* 196., ed altri, furono del ſentimento, che tai beni veniſſero in eſſa compreſi. Finalmente ſi deve notare, che la Conſuetudine debbaſi eſtendere eziandio alle donne eſtere, ſe ne' capitoli matrimoniali ſi foſſe appoſto eſpreſſo patto di contraerſi le nozze ſecondo le Conſuetudini Napolitane. V. de Roſa ſu queſta Conſuetudine.

TIT.

TIT. XV.

De vulgari substitutione.

§. I.

Molto interessava i Romani, che li testamenti sussistessero (1). All'incontro per varie cause potea avvenire, che le deposizioni testamentarie si fossero rese destitute, e per volontà dell'erede, quando l'eredità era gravata da' debiti, e per necessità, quando per la premorienza, o diminuzione di capo dell'erede medesimo, non poteasi l'eredità adire. Potea anche avvenire, che i figli impuberi morissero fra gli anni della pubertà, onde i genitori erano agitati da giusto timore, che la di loro eredità passasse a persone malvedute. Ecco chiaro il fine per cui fu inventata *la sostituzione*, cioè *l'istituzione del*

(1) Sì perchè volevano i testatori, che si fossero adempite dagli eredi le condizioni, come pure, *ne sacra privata interirent*: Si aggiungeva il timore, che i beni dopo la diloro morte, per la deficienza degli eredi, non si fossero venduti a nome di essi testatori, lo che riputavasi cosa di molto disonore.

del secondo (2) *erede in luogo del primo deficiente*, *l.* 1. *pr. l.* 43. §. 2. *D. de vulg.*, *& pupill. subst.* E siccome possono darsi due casi, ne' quali mancasse il primo erede, cioè, o che costui non voglia, o che non possa adire l'eredità; o pure, che il figlio morisse nell' età impubere; nel primo caso dicesi *sostituzione volgare*, nel secondo *pupillare l.* 4. *pr. D. l.* 4. *C. de vulg. & pupill.* (3). Della volgare si tratta in questo titolo.

§. II.

(2) Presso degli antichi Giureconsulti dicesi *secondo erede* anche chi fosse scritto in terzo, o in ulterior luogo, avendosi riguardo al secondo grado, in cui dicesi istituito il sostituto, ed in questo senso si dicono ancora *secunda nupiia tit. C. de secund. nupt.* Sebbene presso *Sveton. Claud. VI.* si fa menzione *tertiorum heredum*.

(3) Gl' Interpreti hanno inventato altre spezie di sostituzioni, oltre la *vulgare*, *e pupillare*, cioè la *reciproca*, la *compendiosa*, e l' *esemplare*; ma senza verun fondamento. Imperocchè la *reciproca* è la stessa sostituzione volgare, nella quale gli eredi istituiti si sostituiscono scambievolmente colla formola, *eosque invicem substituo*, che chiamano ancora *breviloqua*. La *compendiosa* comprende la volgare, e popillare, come se il padre abbia sostituito al figlio impubere, con questa formola, *quandocunque decesserit*. L' *esemplare*, per analogia, si può riferire alla *pupillare*, per cui gl' Interpreti più accurati la chiamarono quasi *pupillare*, come vedremo nel titolo seguente.

§. II.

La volgare (4) dunque si è, se il testatore sostituisca il secondo erede nel caso, che il primo istituito *heres non erit*, *pr. Inst. h. t.* la condizione *si heres non erit* comprende due casi, cioè, che l'erede non voglia, o che non possa essere erede: e se il testatore esprima uno di questi dua casi, il caso non espresso si comprende nel caso espresso, per congettura della volontà del testatore, giusta l'opinione di Bartolo ricevuta nel Foro, sebbene i moderni interpreti abbiano sostenuta l'opposta sentenza (5).

§. III.

(4) L'origine della sostituzione volgare dee ripetersi dalle LL. delle XII. Tavole, non perchè fossevisi fatta espressa menzione, ma da quelle parole, *uti legassit sua rei ita jus esto*, colle quali *latissima potestas tributa videtur*, al dir di Pomponio nelle *l. 120. de V. S.* Dell'origine della pupillare vedremo nel titolo seguente.

(5) Il nostro D. Giuseppe Cirillo nel suo Trattato *de vulg., & pupill. subst.* dottamente illustra l'opinione di Bartolo con validi argomenti. Fra gl'altri adduce il seguente, ch'egli chiama decisivo, *in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oportere*, al dir di *Papin.* nella *l. 101. pr. D. de condit., & dem.* Il fine del testatore nelle sostituzioni è sempre quello, di non voler morire intestato; non vi è ragione, per-

§. III.

Essendo dunque la sostituzione l'istituzione del secondo erede, ne siegue, che si possono sostituire que' medesimi, che possono istituirsi; si possono sostituire più in luogo di un solo, uno in un luogo di più, e ciascuno in un luogo di ciascuno, §. 1. *Inst. l.* 36. §. 1. *D. h. t.* E che i coeredi si possono anche scambievolmente sostituire, la quale sostituzione dicesi *reciproca l.* 4. §. 1. *D. h. t. l.* 64. *D. h. t. l.* 64. *D. de leg.* 2. che i DD. con vocabolo barbaro dissero eziandio *breviloqua* (6).

§. IV.

perchè avendo espresso un sol caso, volesse morir intestato nell'altro: e molte volte i Giureconsulti suppliscono *ex conjectura voluntatis* quel, che il testatore non ha espresso, ma verisimilmente lo avrebbe espresso, se ci avesse pensato, *l.* 22. *pr. ad Trebell. l. ult. C. de posth. hered. inst.* Onde quel, che si dice in contrario, *conditiones esse in forma specifica implendas*, deesi temperare con questa limitazione, purchè altrimenti non esigga la congettura della volontà del testatore, come dottamente dimostra il prelodato nostro Cirillo.

(6) Se il padre abbia reciprocamente sostituiti due figli impuberi colla generica formola, *eosque invicem substituo*, giusta la costituzione di Pio, s'intende d'aver sostituito *in utrumque casum*, cioè volgarmente, e pupillarmente, *l.* 4. §. 1. *D. de vulg., & pupill.*, ma se

uno

§. IV.

Se il testatore, dopo aver istituito due eredi in parti disuguali, li sostituisca scambievolmente, senza far menzione nella sostituzione delle parti, sembra d'aver ripetute le stesse parti nella sostituzione, ch'egli espresse nella istituzione, §. 2. *Inst. h. t. l.* 1. *C. de impub.*, *& aliis subst. nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum, nisi evidenter fuerit expressum*, come dice Ulpiano nella *l.* 24. *D. de vulg.*, *& pupill.* Che se all'erede istituito si sostituisca il coerede, e all' istesso sostituto si sostituisca un altro, come *Titius & Cajus heredes sunto: si Titius heres non erit, heres esto Cajus, si Cajus heres non erit, heres esto Sempronius*: in questo caso mancando Tizio, e Cajo eredi istituiti, si ammette Sempronio, così alla parte di Cajo, cui era stato espressamente sostituito, che alla parte di Tizio, quasi-che

uno de' figli sia pubere, l'altro impubere, intendesi fatta la sostituzione soltanto volgarmente, come rescrissero Severo, ed Antonino, *incongruens enim videtur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris*, giusta le parole della *cit. l.* 4. §. 1. *&* 2.

che a costui sia stato tacitamente sostituito §. 3. *Inst. h. t.* (7), onde l'assioma del Dritto: *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*: Ben inteso, che nel caso proposto Sempronio viene ammesso alla porzione di Tizio *jure substitutionis*, non già *jure accrescendi.*, *l. 27. D. de vulg.*, & *pupill.* lo che molto importa; imperocchè, se si finge essersi dal testatore disposto: *Titius, Cajus, & Mavius heredes sunto: si Titius heres non erit, heres esto Cajus; si Cajus heres non erit, heres esto Sempronius;* in tal caso mancando Tizio, e Cajo, Sempronio non escluderebbe Mevio *jure accrescendi*, ma l'escluderebbe *jure substitutionis*, giacchè il dritto di sostituzione è *poziore* del dritto di accrescere. *l. 2. §. 8. de bonor. poss. sec. tab.*

§. V.

(7) Quel *fine distinctione* espresso da Triboniano in questo §. 3. è molto significante, e fa meraviglia, come Teofilo abbialo omesso: vuol dire, che poco importa, se 'l coerede istituito muoja dopo l'istituto, o prima, cioè nel caso figurato, se Cajo, che è il primo sostituito muoja dopo Tizio, o prima, lo che più chiaramente si propone da Papiniano nella *l. 41. pr. D. de vulg.*, & *pupill.* Dell'antinomia fra queste LL. e 'l luogo di Scevola nella *l. 47. eod.* V. il lodato nostro Cirillo nel citato suo celebre trattato *de vulg.*, & *pupill. subst. c. 4.*

§. V.

Ma la formola *si heres non erit* non ha sempre l' istesso significato. In persona di quello, che il Testatore ben sa essere soggetto all' altrui dritto, significa, *si neque ipse heres erit*, (se muti condizione; cioè diventi *sui juris*, prima della morte del Testatore) *neque alium heredem effecerit* (8) (cioè il padre, o 'l padrone, non

(8) Queste parole *si non alium heredem effecerit*, giusta il sentimento di Bartolo seguito da molti, debbono riguardare non solo il padre, o 'l padrone, ma eziandio quelli, a' quali l' eredità non ancora adita, si trasmette, che i DD. chiamarono *trasmissarj*. Dee sapersi, che i trasmissarj sono di tre spezie: *transmissarii sui heredis: transmissarii Theodosiani: transmissarii Justinianei*. Il suo erede morto dopo il testatore trasmette l' eredità, ancorchè non siavisi immischiato, agli eredi eziandio estranei, e questi diconsi *transmissarii sui heredis*. I discendenti di qualunque sesso, così suoi, che emancipati, scritti eredi dagli ascendenti, sì paterni, che materni, se non sieno oltre il terzo grado, trasmettono l' eredità, ancorchè non adita, soltanto ai figli, e a' discendenti di qualunque grado, e di qualunque sesso, ancorchè emancipati, in forza della Costituzione di Teodosio nella *l. un. C. de his, qui ante apert. Tab.*, per cui si dicono *transmissarii Theodosiani*. Finalmente qualisivogliano eredi, se muojono fra il tempo loro accordato a deliberare (del quale parleremo appresso) trasmettono agli eredi, qualisiano, il dritto di deliberare fra il restante tempo, in vir-

non mutando egli condizione). Ma in quello, che 'l testatore reputa padre di famiglia, significa, *si hereditatem sibi, vel ei, cujus juri postea* (cioè dopo il testamento, ma prima della morte

virtù della Cositituzione di Giustiniano nella *l. 19. C. de jur. delib.*, e questi diconsi *transmissarii Justinianei*. Ciò posto, la sentenza di Bartolo non dee ammettersi senza distinzione. Che i sostituti dovessero venir esclusi dagli *transmissarii sui heredis*, è fuor di dubio; imperocchè la forza della suità è tale, che i suoi eredi *statim ipso jure, & clausis etiam tabulis heredes existunt*, al dir di Cajo nella *l. 14. de suis & legit.* nè si dicono *adire* l'eredità, ma *retinere*, *l. 11. §. ult. de bonis libert.*, giacchè *etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*. *l. 11. de liber., & posth.* Che i sostituti venissero eziandio esclusi dagli *trasmissarj Teodosiani*, lo dimostrano le stesse parole della Costituzione di Teodosio nella *cit. l. un.*, ove leggasi A. Perez. Se lo stesso debba dirsi de *trasmissarj Giustinianei*, è in quistione. Molti affermano dopo Bartolo. Fabbro è del sentimento negativo, dietro non pochi Interpetri antichi, *de errorib. Pragm. decad.* 34. *err.* 5., ed è più ragionato; imperocchè a' *trasmissarj Giustnianei* si trasferisce soltanto il dritto di deliberare, non già l'eredità, come ne' primi due. Il primo erede, per escludere il sostituto, deve far un'altro erede, lo che non puole avvenire in forza della trasmissione del dritto di deliberare, *nemo plus juris in altum transfert, quam ipse habeat*, *l. 54. de R. J.* Chi muore fra 'l tempo di deliberare, non muore erede, ma per tale s' intendono morire gli altri due trasmissarj. Quest' unico argomento, che viene molto bene assodato dal cit. Fabro, basta a confutare l'opposto sentimento, segnatamente di *Facchineo controv. lib. 4. cap.* 62.

te del testatore) *subjectus esse cœperit*, *non adquisierit*, al dir di Tribuniano §. 4. *Inst. h. t. l.* 40. *D. de hered. Inst.* Quindi, se s'istituisca erede un figlio di famiglia, e gli si dia il sostituto, colla condizione, *si heres non erit*, ripudiando l'eredità il detto figlio di famiglia, dee il sostituto essere ammesso all'eredità, escluso il padre, giusta la sentenza di Viglio seguita da Vinnio nel *cit.* §. 4. contro quella di Duareno.

§. VI.

Svanisce la sostituzione volgare colla morte del sostituto prima dell'istituto; parimenti, se l'erede estraneo abbia adita l'eredità, e se il suo erede siavisi immischiato, *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* ne' si dà luogo al sostituto fino a che l'istituto puole adire *l.* 59. *D. de adqu. hered.* (9). Sva

(9) Si eccettua il caso nel §. *ult. Inst. h. t.*, e nella *l.* 40., e 41. *D. de hered. inst.* Imperocchè, se il testatore avesse istituito un servo alieno, che riputava padre di famiglia, e gli avesse dato per sostituto volgare Mevio: ancorchè il servo per comando del padrone adisca

Svanisce altresì la sostituzione, non verificandosi la condizione appostavi.

TIT.

sca l'eredità, Mevio nondimeno si ammette *in partem*: ma in qual parte? nel *cit.* §. *ult.*, o nella *cit. l.* 41. par, che si parli della metà. Nella *l.* 40. per l'opposto, si legge, *igitur in hoc casu semisses fient, itaut alter semis inter eum, qui dominus istituti heredis fuerit, & substitutum dividatur*. Meno plausibile è l'interpetrazione di Cujacio, che quella di Eineccio *Elem. Jur. h. t.*, come si potrà leggere presso il medesimo.

TIT. XVI.

De pupillari substitutione.

§. I.

SI passa a trattare della sostituzione pupillare (1); la quale si definisce da Triboniano *pr. Inst. h. t.*, e dagli Imperatori Diocleziano, e Massimiano nella *l.* 8. *C. de. impub. & al. subst.* essere *una sostituzione fatta a' figli impuberi costituti in potestà del testatore, e che, dopo la di lui morte, non sieno per ricadere nell' altrui potestà, nel caso, che fra gli anni della pubertà morissero.*

(1) Ulpiano nella *l.* 2. *pr. D. de vulg.*, & *pupill. subst.* scrisse, che la sostituzione pupillare siasi *moribus introducta*. Intende egli dire de' costumi introdotti dopo le LL. delle XII. Tavole, cioè dalla interpetrazione delle stesse LL. la quale, dopo approvata dall' uso, dicevasi *recepta regula*, *recepta sententia*, *jus consensu receptum*. *V. Revard. de auctorit. prudent. c.* 14., e nella *l.* 1. *de R. J.* Imperocchè da quelle parole, *uti paterfamilias legassit super pecunia, tutelave sua rei*, annoverandosi fra le cose eziandio i figli di famiglia (V. il *Tit. IX. Lib.* 1.) dedussero i Giurec., che il padre potea testare de' beni del figlio di famiglia, il quale per l' età non potea testare, cioè potea pupillarmente sostituire.

§. II.

La sostituzione pupillare ha per fondamento la patria potestà. Onde il solo padre di famiglia puole sostituire pupillarmente, non già la madre, la quale non ha veruna civile potestà, §. 9. *Inst. h. t. l. 2. pr. D. de vulg. & pupill. substit.* (2). Ma il padre puole sostituire soltanto a' figli impuberi, quali ha in potestà, non già ai puberi, nè agli emancipati, §. 9. *Inst. h. t. l. 2. pr. D. de vulg. & pupill.* Nè importa, se gl' impuberi sieno nati, o se sieno postumi; imperocchè si puole sostituire pupillarmente eziandio a' postumi §. 4. *Inst. eod. cit. l. 2. pr.* Ben vero non si puole sostituire pupillarmente a' nipoti, i quali dopo la morte dell' avo siano per ricadere nella patria potestà, se non se colla formola della L. Giulia Velleja (3) *cit l. 2. pr.* La ragione si è, che

(2) *Tabulæ pupillares*, delle quali fa menzione Africano nella *l. 33. pr. D. de vulg.*, *& pupill. subst.*, sono il testamento scritto dalla madre, in cui fa erede il figlio pupillo, non già, che vi si contenga la sostituzione pupillare.

(3) La formola sarebbe questa: *filius heres esto: si filius*

che al figlio di famiglia non è permesso testare, neppure de' beni avventizj, *l.* 11. *C. qui testam. fac. poss.* All'incontro la sostituzione pupillare è un testamento, che il padre fa pel di lui figlio impubere.

§. III.

Puole il padre pupillarmente sostituire, eziandio agli eseredati, §. 4. *Inst. h. t.* Ed in questo caso si appartengono al sostituto que' beni, che il pupillo abbia acquistato dall'eredità, da' legati, e donazioni de' congionti, *cit.* §. 4. *Inst. neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis*, come osserva Ulpiano nella *l.* 10. §. 5. *de vulg., & pupill.* Si proibisce però al padre di lasciare i legati dal figlio eseredato, o dal di lui sostituto, *l.* 41. §. 3. *D. eod.* Per quella regola generale, *nemo est magis onerandus, quam sit honoratus*: *l.* 114. §. 3. *D. de legat* 1. Ma per

filius me vivo suus heres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, heres esto. Si nepos erit, & intra pubertatem decedat, Sejus heres esto: E ciò in forza del secondo capo della *L. Velleja*, *l.* 29. §. 13. *de lib., & posth.*

per dritto novissimo non puole eseredarsi il figlio, se non sia prossimo alla pubertà, perchè altrimenti non si puole in lui supporre vizio d'ingratitudine, *Nov.* 115. *c.* 3.

§. IV.

La formola della pupillare sostituzione ci viene proposta da Triboniano *pr. Inst. h. t. Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive heres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit* (cioè prima della pubertà) *tunc Sejus heres esto*. Questa formola comprende due sostituzioni, la volgare, e la pupillare, ma propriamente la pupillare è quella, con cui al figlio si scrive l'erede, nel caso, che *heres fuerit, & intra pubertatem decesserit*. Che se il padre sostituisca in uno de' due casi solamente, s'intende di aver sostituito in ambidue i casi, *l. 4. D. de vulg. & pupill.*, e questo è quel, che dicono i nostri Dottori, che nella pupillare espressa si sottintende la tacita volgare, e vicen-

cendevolmente nella volgare espressa si comprende la tacita pupillare (4).

§. V.

Dice Triboniano nel §. 5. *Inst. h. t. liberis*

 autem

(4) Fin da tempi della Romana Repubblica presso i Centumviri fu agitata quistione, se nella sostituzione pupillare tacitamente si comprenda la volgare, e secondo ci riferisce Cicerone *in Bruto cap.* 39. si contese su questo articolo nella causa di Marco Curio. Da molti luoghi di Tullio, Corrado ci descrisse lo stato della quistione. Un certo Coponio sostituì Marco Curio al di lui figlio, *si in decem mensibus nasceretur, atque intra pubertatem decederet*. Non essendo nato il figlio, Marco Coponio agnato del testatore pretese l'eredità a lui dovuta *ab intestato*. Per l'opposto Curio pretese di essere preferito, in forza della tacita sostituzione volgare. Difese la causa di Coponio *ex scripto* l'eloquentissimo Scevola. Difese la causa di Curio *ex aequo, & bono* Crasso. Che Crasso avesse superato Scevola, lo arguiscono le seguenti parole di Tullio: *ita multa contra scriptum pro aequo, & bono dixit* (cioe Crasso) *ut Quintum Scevolam obrueret argumentorum, exemplorumque copia*. E fa meraviglia, come una tal controversia fino a tempi di Giustiniano non sia stata con certa legge definita, ed ancora penda nelle Scuole, e nel Foro. E di fatti quella, che fu opinione di Crasso, poi divenne di Accursio, e di Bartolo, e di molti sì antichi, che moderni Interpetri. Quella, che fu opinione di Scevola, poi divenne di Viglio, di Fabro, e di altri. Ma rettissimamente Cujacio nella *l. jam hoc jure* 4. *de vulg., & pupill.* dimostrò, che fu con-

autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi ipsi faciat, nam pupillare testamentum pars, & sequela est paterni testamenti. Così pure nella *l.* 2. §. 1. *D. de vulg. & pupill.* dove Ulpiano nel §. 4. conchiude, che debba perciò il padre scrivere prima l'erede per se, di poi pel figlio, e se convertendo l'ordine, scriva prima l'erede del figlio, e poi il suo, il testamento è nullo. Ma Ulpiano sembra contraddire a se stesso, allorche nel §. 5. della *cit. l.* soggiunge: *si quis ita fuerit testatus*, *SI FILIUS MEUS INTRA DECIMUM QUARTUM ANNUM DECESSERIT, SEJUS HERES ESTO*, *deinde*, *FILIUS HERES ESTO*, *valet substitutio*, *licet conversa scriptura sibi testamentum fecerit*. Che che ne abbiano detto *Goveano Var. lib.* 1. *c.* 8., e *Carond. verisimil. lib. II. cap.* 13. noi ci atteniamo all' opinione di molti più cor-

confermato ciocchè nella causa Curiana, pronunziarono i Centumviri dalla Costituzione di Marco, e Vero, come ce ne fa chiara testimonianza Modestino nella *cit. l.*, donde si argomenta chiaramente esser oggi di certo dritto, che nella volgare espressa si contiene la tacita pupillare, e nella pupillare espressa si contiene la tacita volgare, come più chiaramente il dimostrano le parole, che susseguentemente si leggono presso il cit. *Modest.* §. 2.

cordati Interpetri, cioè, che possa precedere il testamento del figlio, se uno sia il contestó delle paterne tavole pupillari, perchè allora si dee riputare un sol atto, nè si riguarda l'ordine della scrittura, ma della successione, *cit. l.* 2. §. 5., ed in questo senso deve prendersi il luogo di Ulpiano nel *cit.* §. 5. Che se poi in altro tempo fossero scritte le tavole paterne, ed in altro tempo le pupillari, fa di mestieri, che queste, come accessorie, seguissero quelle, e così dees' intendere il *cit.* §. 4. V. Roberto *recept. lect. lib.* 1. *cap.* 34. Nè è necessario, che il testamento pupillare, essendo parte del paterno, dovesse perciò farsi *unico contextu*. *Si suo testamento perfecto*, disse Pomponio nella *l.* 16. §. 1. *eod.*, *alia rursus hora* (5) *pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilominus id va-*

(5) Quel *hora* presso Pomp. non si deve intendere sì strettamente, imperocchè, o che il testamento del figlio sia fatto dopo ore, o dopo giorni, sempre si dirà dipendente dal testamento paterno; e perciò questo non si dice *rotto* dal testamento del figlio fatto dopo ore, o dopo giorni, ed in vero allora il testamento dice rompersi dal posteriore, quando il posteriore è tale, che non puol dirsi dipendente dal primo. Goveano nella *cit. l.* 16. §. 1.

valebit, *& tum patris testamentum ratum manebit*. E perciò Ulpiano nella *l.* 20. §. 1. *cod. si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, fecerit testamentum: valebit* (6).

§. VI.

La sostituzione pupillare si puol fare soltanto negli anni della pubertà, onde la formola usitata era questa: *Si filius heres mihi erit, & prius moriatur, quam in tutelam venerit*, come si è detto nel §. IV. (7). Imperocchè in Roma era

(6) Dalle cose dette ben si comprende ciocchè dice Triboniano nel §. 2. *Inst. h. t. igitur in pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum testamentum est duarum caussarum, idest duarum hereditatum*. Di questo fu disputato fra i Sabiniani, e Proculejani, come congetturano Cujacio, e Merill. Ma Ulpiano nella *cit. l.* 2. §. 4. dice *constare*, lo che significa esser fuor di controversia. Le parole di Triboniano nel *cit.* §. 4. eziandio arguiscono non esser un articolo controvertito nel dritto. Oromano molto si diffonde nel rapportarci gli argomenti, che convengono sì all'unità, che alla duplicità del testamento pupillare. Quel che è certo si è, che uno sia il testamento, ma due siano l'eredità, e su questo convennero tutti. V. *Mascov. de Sect. Sabin. cap.* 9. *n.* 2.

(7) Presso i Latini, e spezialmente presso i Giurecon-

era costume ricevuto, che il padre scrivesse l'erede al figlio, fino a che il figlio medesimo fosse in istato di non poter fare testamento. Ma non perciò si vieta al padre di sostituire a certo tempo prima della pubertà, nel qual caso, morendo il figlio dopo quel tempo, non si dà luogo al sostituto, ancorchè quello muoja impubere, *l.* 21. *D. de vulg. & pupill.* Il solo soldato puole sostituire pupillarmente, anche oltre gli anni della pubertà, se il figlio muoja fra l'anno vigesimo quinto, *l.* 15. *D. eod.*

§. VII.

Esistendo il caso della sostituzione, il sostituto si prende non solo i beni paterni, ma eziandio tutti gli altri beni avventizj, esclusa la stessa madre, la quale non potendo in tal caso avvalersi della querela *inofficiosi testamenti l.* 8. §. 5. *D. de inoff. testam.*, nemmeno puol domandar la legittima. Sebbene per equità, e per argomento della *l.* 30. *D.* e della *l.* 32. *C. eod.*, taluni Interpetri vogliono, che alla madre dovesse

consulti, le frasi *in suam tutelam venire*, o pure *sua tutela effici*, significano lo stesso, che divenir pubere.

vesse assignarsi la legittima da' beni avventizj del figlio. V. Eineccio *Elem. jur. h. t.*

§. VIII.

La sostituzione pupillare finisce in più modi. Come, se quello, cui si sostituisce, in tempo della morte non si trovi in potestà del testatore: parimenti, se dal sostituito non si adisca l' eredità, o se non esista la condizione apposta alla sostituzione. Ma principalmente spira la sostituzione pupillare colla pubertà, §. 8. *Inst. h. t.* (8), o anche prima, se il padre avesse sostitui-

(8) Dice Triboniano in questo §. *masculo igitur usque ad XIV. annos substitui potest: fœmina usque ad XII. annos, & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit*. Dunque, come dice Triboniano, bisogna, che si ecceda l' anno XIV., o XII. per dirsi finita la sostituzione; ma poichè, per dirsi finita la sostituzione, basta esser giunto il tempo, in cui l' Impubere possa far testamento, sembra perciò contraddire a Triboniano Ulpiano nella *l. 5. qui testam. fac. poss.*, dove, parlando del tempo, in cui si possa far testamento, così ragiona: *utrum excessisse debet quis XIV. annum, an sufficit complesse? propone aliquem Kalendis Januarii natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Calendarum fecerit, post sextam horam noctis, valere tamen-*

stituito a certo tempo, infra la pubertà, p. e. *Si filius intra decimum annum decesserit*, *l.* 21. *D. de vulg.*, *& pupill.*

§. IX.

Ad esempio della sostituzione pupillare fu inventata altra spezie di sostituzione da Giustiniano nella *l.* 9. *C. de impub. & aliis subst.* (9), che fu detta *esemplare*, *quasi pupillare*, *e Giustinianea*. Questa si è *quando i genitori dell' uno*, *e dell' altro sesso*, *sostituiscono certe persone a' di loro discendenti puberi*, *ma mentecatti*, *in caso*, *che morissero nello stato della demenzia*, §. 1. *Inst. h. t.*

stamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum. Che che ne abbian detto Viglio, ed altri, bisogna attenerci al sentimento di Bacovio, cioè, che Triboniano *plus scripsit*, *minus sensit*, e quello *excedere* presso di lui importa lo stesso, che *complere*, il *complere* però devesi spiegare secondo la sentenza del Dritto, cioè, che nelle cose favorevoli il giorno cominciato si ha per finito, *l.* 1. *de manumis.*

(9) Presso Paolo nella *l.* 43. *D. de vulg. & pupill.* abbiamo l'esempio del padre, che fè il testamento al figlio muto per l'indulgenza del Principe. Ma prima di Giustiniano non fuvvi legge, che avesse ciò stabilito per punto generale. Per ogni volta dovea supplicarsi il Principe. Giustiniano fu il primo, che generalmente stabilì questa spezie di sostituzione.

h. t. cit. l. 9. Il principio di questa sostituzione è l'amore, in forza del quale i genitori *optime de sanguine suo judicare censentur*, *Einecc. Elem. jur. h. t.* (10); e perciò, non solamente il padre, ma eziandio la madre, sostituisce a' figli puberi mentecatti, purchè l'istituisca almeno in legittima, *cit. l.* 9. Debbono però sostituire i figli del mentecatto, se ne abbia, ed in mancanza di questi, i fratelli, o sorelle, e finalmente, in defetto di costoro, chiunque, *cit. l.* 9. Ma si estingue questa sostituzione, se i mentecatti ritornino in se, *cit.* §. 1. *&* *cit. l.* 6.

§. X.

Finalmente diciam poche cose della sostituzione *Militare*, che dicesi eziandio *privilegiata*. Siccome il testamento *militare* è sciolto da tutte le sol-

(10) La Costituzione di Giustiniano riguarda i soli mentecatti, ma coll'interpetrazione estensiva si ampliò eziandio a' furiosi, e prodigi, ed a sordi, e muti, i quali tutti non possono testare. Imperocchè la ragion di umanità, o sia l'amore, che spinse l'Imperatore di permettere a' genitori la sostituzione de' mentecatti, ha luogo benissimo ne' casi espressati.

sollennità, così pure la sostituzione. Il soldato dunque puole sostituire pupillarmente, eziandio al figlio emancipato, *l.* 41. §. 4. *D. de testam. mil.*; anche agli estranei, nel caso, che siano eredi, e morissero fra certo tempo, o in qualunque tempo, ma in que' beni, che dal testatore son derivati, *l.* 15. *D. de pupill. & vulg. l.* 6. *C. de testam. mil. l.* 8. *C. de impub. & al. subst.*

TIT.

TIT XVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

§. I.

ABbiamo esposte quelle cose, che sono necessarie alla fazione del testamento; Al presente resta a vedere in quante guise il medesimo perde la sua forza, o per esprimerci con Triboniano, *quibus modis infirmatur*.

§. II.

I Romani Giureconsulti diligentissimi nel dare ad ogni cosa il proprio, e conveniente vocabolo, siffatte maniere con altrettanti nomi distinsero. Quindi altro è il testamento *nullo*, altro *ingiusto*, altro *rotto*, altro *irrito*, altro *destituto*, e finalmente altro *rescisso*.

§. III.

§. III.

Nullo si chiama quel testamento, che dal principio non può sussistere, o per mancanza della solennità interna, cioè della istituzion dell' erede, come a cagion d' esempio, se fussero stati preteriti li figli suoi già nati (1) *l. 1. D. de inj. rupt. irr. testam.*; o per l' inabilità del testatore *l. 4. §. 8. D. de bon. poss. sec. tab.*

§. IV.

Se nel testamento fossero mancate le solennità esterne, come que' sette testimonj, quell' unità del contesto &c. col vocabolo d' *ingiusto* si distingue, e similmente da principio non può sussistere *l. 1.. D. de inj. rupt. irr. testam.*

§. V.

(1) Imperocchè gli emancipati, ed i postumi preteriti nel testamento del padre, non possono attaccarlo di nullità *l. 3. §. 4. D. eod.* atteso i primi domandano il possesso de' beni *contra tabulas*, i secondi lo *rompono eorum agnatione*. L' istesso deve dirsi dei preteriti dalla madre, o dall' avo materno, a quali si soccorre, non già colla querela della nullità, ma bensì colla querela *inofficiosi V. Ub. ad Inst. Lib. II. tit. 3. §. 2.*

§. V.

I teſtamenti così foggiati, cioè o nulli, o ingiuſti, cadono all'intutto, nè poſſono reggere i legati, e gli altri capi ne' medeſimi contenuti. Uber. *Pralect. ad Inſt. lib.* 11. *tit.* 3. §. 2. E ſe qualche volta ſi ſoſtengono i teſtamenti ingiuſti, ciò avviene in forza della clauſola codicillare, di cui da qui a poco parleremo.

§. VI.

Si rompe il teſtamento, quando *in eodem ſtatu* (2) *manente teſtatore, ipſius teſtamenti jus vitiatur. Inſt.* §. 1. *h. t.* Ciò accade in due maniere

(2) Appo Teofilo ſi legge *non manente* μη μειναντος, qual particella negativa vuol Fabroto, che doveſſe cancellarſi, e che quel luogo della parafraſi doveſſe leggerſi μειναντος επι της αυτης καταστασεως. In fatti Triboniano non dovè ſcrivere altrimenti, e volle con tale eſpreſſione dire *teſtatore capite non minuto*, per diſtinguere il teſtamento rotto, che è propriamente quello, che perde la ſua forza, quando non ſi muta lo ſtato del teſtatore, cioè quando non patiſce deminuzione di capo, dal teſtamento irrito, quando tal deminuzione di capo accadeſſe. Cheche ne dica in contrario Coſta.

niere; o *adgnatione sui heredis* §. 1. *Inst. h. t.*, o colla mutazione della volontà §. 2. *Inst. h. t.*

§. VII.

Può nascere l'erede al testatore in due maniere, o quando dopo del testamento, ovvero dopo la sua morte, li nascesse un figlio, *l.* 3. *D. de inj. rup. irr. test.* (3) o quando dopo del testamento *arrogasse*, ovvero *adottasse* un discendente; §. 1. *Inst. h. t.*

§. VIII.

Si cambia la volontà del testatore, qualora facesse un nuovo testamento, però legittimamen- te

(3) Potrebbe anche accadere, che un nipote, che nel tempo del testamento dell'avo non era *suo erede*, tolta poi di mezzo la persona del padre, diventasse tale, e *quasi agnascendo* rompesse il testamento dell'avo, in cui sia stato preterito, *l.* 13. *D. de inj. rupt. irr. test.* Similmente i figli nati dalla concubina, e poi *per subsequens matrimonium*, o *per oblationem Curiæ*, o *per rescriptum Principis* legittimati dopo fatto il testamento, *quasi agnatione* rompono il testamento, poichè in questo modo conseguono i dritti de' suoi eredi, §. 2. *Inst. de her. quæ ab int. Nov.* 89. Vinnio §. 1. *Inst. h. t.*

te (4) §. 2. *Inst. h. t.* ancorche nominatamente non rivocasse il testamento anteriore, *l.* 27. *C. de testam.* Imperocche, sempre l'ultima volontà deve aver luogo, *l.* 4. *D. de adim. leg.* e le leggi posteriori derogano alle anteriori; ancorche del testamento posteriore non esistesse erede alcuno, poiche l'adizione dell'eredità non si appartiene alla sostanza del testamento, il quale è perfetto tostocche vi sono intervenuti i solenni dalla legge richiesti; nel qual caso, non sussistendo il testamento anteriore, perchè rivocato dal posteriore, e non sussistendo il posteriore per la mancanza

(4) Alle volte però sussiste il primiero testamento. I. Se il testamento posteriore sia nullo per la preterizione del figlio, *l.* 26. §. 1. *De vulg. & pupill. subst.* II. Se il secondo testamento aprendosi si ritrovasse voto, cioè, giusta l'espressione del Testo nella *l.* 11. *D. de inj. rupt. irr. test. nihil omnino scriptum habens.* III. Se mai la condizione de' *presenti*, o *de futuro* apposta nel testamento non esistesse *l.* 16. *D. eod.* Spesso si succede in forza dell'uno, e dell'altro testamento, come di un solo, se non costasse qual de' due fusse posteriore *l.* 1. §. 6. *D. de bon. poss. sec. tab.* E finalmente, se il testatore nel posterior testamento avesse istituito qualcheduno *in re certa*, ed avesse detto essere sua volontà, che sussistesse anche il primo testamento, in tal caso l'erede posteriore si ha, come erede fedecommessario, e deve restituire il restante dell'eredità all'erede del primo testamento §. 3. *Inst. h. t.*

stanza dell' erede, si da luogo alla causa *ab intestato* §. 2. *Inst. h. t.* (5).

§. IX.

Ciò similmente avviene, se in presenza almeno di tre testimonj si rivocasse l'antecedente disposizione, e poi passassero anni dieci da che la medesima fu formata *l. 27. C. de testam.* oppure se il testatore rompesse, lacerasse, o cancellasse il testamento, o togliesse, o sconcertasse i segni nel medesimo, *l. 1. D. de his, quæ in testam. del. l. ult. De inj. rupto, irr. test.*; purchè però non lo abbia fatto inavvertitamente, o per abbaglio; poichè in questo caso basta, che

X 2 in

(5) In questo luogo suole quistionarsi sul caso, che il testamento anteriore contenga la clausola derogatoria della posterior volontà. Communemente gl' Interpetri vogliono, che in tal caso l'anterior testamento sussista, ancorche il posteriore sia di tutte le solennità adempito, e contenesse una derogazione generale delle antecedenti disposizioni, volendo eglino necessario, che si faccia menzione specialmente della rivocazione, che vuolsi fare dell' antecedente disposizione, cui si appose la clausola derogatoria. *Ant. Fab. dec. 37. err. 7. & seqq.* annovera questa opinione fra gli errori degli antichi Glossatori, ma Vinnio §. 2. *Inst. h. t. n. 7.* ci attesta, che sia stata ricevuta, ed approvata da' pregiudizj del Foro.

in qualche maniera potesse leggersi il testamento, per esser rato, e fermo, *l. 1. D. de his, quæ in test. del. l. pen. C. de. testam.* E se mai avesse formati due *codici* di un' istesso testamento, e ne lacerasse uno, non s'intende affatto rivocato il testamento, se non se nel solo caso, che gli eredi vegnenti *ab intestato* provassero, aver il testatore ciò fatto per morir senza testamento alcuno, *l. ult. D. de his, quæ in testam. del. V. Vinn. h. t. §. 2. n. 1.* (6).

§. X.

(6) Quel, che quì si dice intorno alla lacerazione, o cancellatura del testamento, s'intende del testamento scritto, non potendo ciò applicarsi al testamento nuncupativo. Ma se mai il testamento nuncupativo si fusse ridotto in scrittura, com' è costume oggigiorno appo di noi, è chiaro, che lacerandosi, o cancellandosi dal testatore siffatta scrittura, in cui tutta la forza della pruova consiste, debba il testamento per rotto tenersi. V. *Vinn. l. cit.* Qualunque testamento però cancellato, o lacerato si fusse, è cosa indubitata, che l'eredità non si devolva al Fisco, sì bene agli eredi, che vengono *ab intestato*, *l. pen. C. de testam.* purchè non si provasse aver ciò fatto il testatore per un odio preciso degli eredi istituiti, nel qual caso l'eredità si toglie dal Fisco *tamquam ab indignis*, *l. 16. §. 2. D. de his. quæ ut indign. Clar. §. testam. q. 93. n. 2.*

§. X.

Anche il testamento rotto cade all'intutto; purche non si sostenga in certi casi dal beneficio del Pretore, con dare il possesso de' beni; come nel caso, che il postumo morisse, vivendo il testatore, *l.* 12. *D. de inj. rupt. irr. testam.* o che il testatore cancellasse, o laccrasse il testamento posteriore, per far valere l'anteriore, *l.* 11. §. 2. *D. de bon. poss. sec. tab.* Imperciocchè; essendo il testamento un atto *μονοπλευρος*, che obliga da un sol lató, o sia una legge, che il testatore impone a sestesso, può distruggerla, derogarla, ed appartarsene, quando meglio gli aggrada, senza recar ingiuria a chicchesia, *l.* 9. *D. de jur. codicill.* E questa è appunto la ragione di quella celebre regola, *voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem*, *l.* 4. *D. de adim. vel transf. leg.* (7).

 §. XI.

(7) Si avverta quel, che si è cennato, che per intendersi rivocata l'antecedente volontà, non basti la semplice *noluntà*, per avvalerci di un vocabolo scolastico, ma richiedesi il secondo testamento legittimo, e perfetto. Ciò più chiaramente s'insegna da Triboniano §. 7. *h. t.* *usque*

§. XI.

Irrito diviene il testamento, se si cambia lo stato del testatore, soffrendo la massima, la media, o la minima diminuzione di capo, delle quali abbastanza si è parlato nel primo libro. Imperciocche essendo la fazion del testamento propria dell'uomo libero Cittadino Romano, è chiaro, che irrito divenga il testamento di chi cadesse nella massima diminuzione di capo, diventando servo (8), *l. 6. D. de inj. rupt. irr. testam.* o nella media, diventando peregrino, e per-

usque adeo, ut si quis post factum prius testamentum, posterius facere caperit, & aut mortalitate praeventus, aut quia cum ejus rei paenituit, id non perfecerit: Divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulae priores, jure facta, irrita fiant, nisi sequentes jure ordinatae, & perfecta fuerint. Dove nota Vinnio, che può darsi l'imperfezion del testamento in due maniere, o per ragion di volontà, come qui esemplifica Triboniano, o per ragion de'solenni, come se, p. e., vi fossero intervenuti meno di sette testimonj, o non avessero segnato &c. La certa, e solenne volontà si puole abbattere soltanto con altra certa, e solenne volontà, *l. 35. de R. J.*

(8) Se n' eccettua però il testamento fatto prima della schiavitù da colui, che nelle mani de' nemici fusse inciampato; poichè il medesimo si sostiene *jure postliminii* per una finzione della L. Cornelia, V. il *Lib. I. Tit. XVI. §. III.* il *Tit. XII. §. II.* di questo libro.

perdendo i dritti della Cittadinanza Romana, come accade a deportati *l. 17. D. de poen. §. 1. Inst. quib. mod. Jus. patr. pot. solv.*, o nella minima, divenendo figlio di famiglia, mediante l' arrogazione, *l. pen. §. 1. D. de bon. poss. sec. tab.*

§. XII.

Il Pretore spesse volte sostiene tal testamento, quando abbia i solenni del Dritto Pretorio, e dà il possesso de' beni *secundum tabulas* all' erede scritto, se il testatore in tempo di morte si ritrovasse libero, Cittadino Romano, e padre di famiglia, *§. 6. Inst. h. t. l. 22. D. de inj. rupt. irr. test.* Importa però, se il testatore dopo fatto il testamento abbia sofferta la media, o massima diminuzione di capo, o pure siasi dato in adozione; imperocchè in questo ultimo caso non si da il possesso de beni all' erede scritto, se non quando, fatto *sui Juris* il testatore, *voluntas, quæ defecerat, recenti judicio redierit*, al dir di Papiniano nella *l. 11. §. 2. D. de honor. poss. sec. tab.* cioè, che *codicillis, aut aliis literis, eodem testamento se mori volle declaraverit*; ma nel

 pri-

primo caso non evvi bisogno della nuova dichiarazione del testatore, gia restituito nello stato primiero. Ed in vero quando il testatore col farsi arrogare trasferisce se, e tutti li suoi beni nell'altrui famiglia, sembra essersi pentito del testamento, e perciò fa duopo di nuova dichiarazione di volontà, perche il testamento possa sostenersi nel caso, ch'egli muoja *sui Juris*.

§. XIII.

Finalmente quel testamento, del quale non esista erede alcuno, o che l erede non voglia adire l'eredità, o che non possa, perche morto prima del testatore, o per la deficienza della condizione, si chiama testamento *destituto*, §. 7. *Inst. de her. qua. ab intest.*, poiche secondo la regola della *L.* 181. *D. de R. J.* *si nemo subit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur*, e si diviene al caso della successione *ab intestato*, *pr. Inst. de her. qua ab intest.*

TIT.

TIT. XVIII.

De inofficioso testamento.

§. I.

GIà si disse, che anticamente il padre potea a piacer proprio eseredare i figli. Ma poichè ciò sembrava cosa pur troppo iniqua, cominciarono ad impugnarsi siffatti testamenti colla querela *inofficiosi*, la quale, come dottamente dimostrò Eineccio *ant. h. t.* §. 5., non dalle costituzioni de' Principi, non dall' Editto del Pretore, non dalla L. Glicia, ma da' costumi, e dall' interpetrazione de' Prudenti, deesi derivare. Imperocchè, come a figli ingiustamente eseredati, nè la legge, ne 'l Pretore soccorrevano, finsero i Giureconsulti, che il padre, *qui tam maligne de sanguine suo judicasset*, fosse stato furioso, e demente, e sotto tal colore permisero a figli la rescissione del testamento. L' azione a me-

medesimi accordata si disse *querela inofficiosi*. *V. Binkers. obs. lib.* 2. *c.* 12. (1).

§. II.

La natura di questa querela ci viene spiegata da Marciano nella *l:* 2. *h. t. hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerint, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus, vel demens testatus sit: sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum*. Anticamente questa querela davasi a tutt' i cognati, anzi agli amici estranei, *Valer. Mass. lib.* 8. *c.* 7., ma dopo inventata la legittima (2), siffatto rimedio si restrin-

(1) I parenti non si dicevano fra loro *accusarsi*, *litigare*, ma *conqueri*. *Voss. Inst. Orat. lib.* 1, *c.* 6. §. 2. Perciò fu detta *querela*. Siccome *beneficia alienorum sunt*, così *officia eorum*, *quos necessitudo suscitat*, *& opem ferre jubet*, al dir di Seneca *de Benef. lib.* 3. *c.* 18., per cui al vocabolo *querela* si aggiunse l' altro *inofficiosi*.

(2) Senza fallo l'origine della legittima è posteriore a quella della querela *inofficiosi*. *Cujac. obs. II.* 21. *III.* 8. riputò incerta, ed oscura l'origine della legittima, sebbene avesse sospettato, che fosse stata inventata da

ſtrinſe a coloro ſoltanto, a quali tal porzione veniſſe dovuta.

§. II.

Or dunque, ſe tale azione daſſi a figli ingiuſtamente eſeredati, o preteriti, ſiegue, I. che non ne abbiano biſogno i figli preteriti, o eſeredati, ma non nominatamente, nè per giuſta cauſa eſpreſſa nella *Nov.* 115. giacchè coſtoro hanno l'ordinario rimedio della nullità *l.* 1. *pr. D. de inj. rupt. irr.* II. Nemmeno compete a coloro, i quali ſono ſtati iſtituiti in qualche parte, giacchè

da Marco Imperadore, ingannato da un luogo di Niceforo. *Ant. Sculting. Juriſpr. Antejuſt.* p. 381., col ſeguire altri dotti Interpetri dimoſtrò, che la porzione legittima dalla ragion della L. Falcidia ſi foſſe coll'interpetrazione de' prudenti derivata: in vero Paolo *recept. Sent. IV.* §. 5., e Ulpiano *l.* 8. §. 9. & 14. *D. h. t.* chiaramente ſcriſſero, che agli eredi, a quali compere la querela *inofficioſi*, ſi doveſſe la *quarta Falcidia*. Aſſolutamente la legittima vien chiamata *quarta* da Plinio *Epiſt. VI.* e vien chiamata *Falcidia* da Giuſtiniano nella *L.* 31. *C. de inoff. teſt.* Ond'è chiaro, che la legittima ſia baſtantemente antica, e forſi de' tempi di Auguſto, giacchè ne' tempi di Auguſto fu promulgata la L. Falcidia, come diremo appreſſo. E forſi ne diè l'occaſione T. Terzio, il quale avea eſeredato il figlio infante. *Valerio Maſſim. VII.* 7. 3. *Reineſ. Inſcript. XXIV.* 1.

chè loro compete *condictio ex lege* per supplire ciocchè manca alla legittima, quale azione da Dottori vien detta *Expletoria* (3), §. 3. *Inst. h. t. l.* 30. *C. eod. Nov.* 115. *c.* 5. III. Debba solamente competere in tre casi: 1. Se l'eseredazione siasi fatta per giusta causa, ma falsa. 2. Se i genitori da' figli, i figli, o nipoti dalla madre, o avo materno, gli emancipati dal padre, e finalmente i fratelli dal fratello col preferire una turpe persona, sieno stati preteriti, *l.* 15. *D. h. t.* 3. Se la causa dell'eseredazione sia giusta, ma non espressa nel testamento. V. il Titolo XIII.

§. IV.

Fissato il principio, che la querela *inofficiosi* debba darsi a coloro, a quali la legittima vien do-

(3) Per dritto antico poteasi la legittima lasciare con qualsivoglia titolo, anche con titolo di donazione, *causa mortis*, §. 6. *Inst. h. t. l.* 8. §. 6. *D. h. t.* e per dritto nuovo, anche con donazione *inter vivos*, purchè la donazione si fusse fatta a tal fine, cioè, che le cose donate s'imputassero nella legittima, *l.* 3. §. 1. *C. h. t.* Ma per dritto novissimo, si dee la legittima lasciare con titolo d'istituzione, acciò la querela rimanga esclusa, *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. *V. Vinn.* nel *cit.* §. 6.

dovuta, ben si comprende a quali specialmente competa, cioè I. a tutt' i figli legittimi (non già agl' illeggittimi, se non per ragion della madre, *l.* 29. §. 1. *D. h. t.*) ancorchè emancipati, o postumi, quantevolte siano stati ingiustamente eseredati, o preteriti dalla madre, o avo materno. A que' preteriti dal padre, o che sieno, o che non sieno in potestà, non si dà la querela, perchè non ne han bisogno, avendo i primi il rimedio delle nullità, i secondi il benefizio del Pretore, dal quale vengono ammessi al possesso de' beni *contra tabulas, pr. & §. 3. Inst. de lib. exher.* II. Alli genitori dell' uno, e dell' altro sesso, o diredati, o preteriti, *l.* 1. *l.* 30. *D. h. t.* III. A sorelle, e fratelli germani, e consanguinei (non già uterini) eseredati, o preteriti, quantevolte in preferenza di essi sieno stati scritti eredi *infamia, vel turpitudinis, vel levis nota macula adspersi*, al dir degl' Imperatori Diocleziano, e Massimiano nella *l.* 27. *C. h. t. V. Voet. nel Comm.* al *tit.* delle *Pand. de inoff. testam.* (4). Del caso, se oggi dopo la *Nov.* 118. si

(4) Bisogna notare ciocchè dice Paolo nella *l. pen. pr.*

si debbano i fratelli ammettere una co' genitori alla querela *inofficiosi*. *V. Vinn. h. t.*

§. V.

E poichè siffatta querela ha per fondamento il supposto furore, o demenzia del testatore, deesi perciò riputare odiosa. Onde è, che cessi in molti casi. I. Cessa, quando siavi altro rimedio ordinario (5) §. 2. *Inst. h. t.* E' regola del Dritto, *si quis communi auxilio, & mero jure munitus sit, non debere ei tribui extraordinarium auxilium*, *l.* 16. *de minor.* II. Non si dà agli eredi dell' eseredato, *nisi praparata*, cioè, se non siasi dall' eseredato introdotta in giudizio, *l.* 6. §. *fin. D. l.* 5. *C. h. t.* III. Nemmeno ha luo-

pr. D. h. t. Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est; & placuit, posse, ut fiat successioni locus.

(5) Deve essere *ultimum adjutorium*, *l. ult. C. de lib. prat.* In Roma, sebbene era permesso rescindere i testamenti inofficiosi, pure chi se ne astenea meritava somma lode, come c'insegna con molti essempj *Valerio Massim. VIII.* 8 Gli uomini onesti stimavano cosa indecente l'accusare di furore i genitori defonti, perchè sembravano *cineres eorum quietos esse non pati*. Val. Mass. *ibid.*

luogo elasso il quinquennio, *l.* 8. §. *ult.* *D.* *l.* 34. *C.* *h.* *t.* IV. Non compete, se la volontà del testatore sia stata dall' esseredato espressamente, e tacitamente accettata, *l.* 17. *pr.* *l.* 10. *D. h. t.*

§. VI.

Finalmente si avverta, che quello, il quale succumbe in questa querela, perde i legati lasciatili, *l.* 8. §. 4. *D.* *h.* *t.* E sussistendo la querele, viene a rescindersi la istituzione, ma per dritto nuovo rimangono salvi i legati, e gli altri capi, *Nov.* 115. *c.* 3. §. *ult.* & *cap.* 4. §. *ult.*

TIT.

TIT. XIX.

De heredum qualitate, & differentia.

§. I.

I Testamenti, giusta i principj del Dritto Romano, sono a guisa di leggi, come dicemmo. Le leggi obbligano i sudditi. Ecco perchè alle ultime volontà sono tenuti assolutamente obedire que', che sono nella potestà del testatore, gli estranei sono tenuti nel solo caso, che volontariamente vogliono a quelle sommettersi. Alla potestà del testatore possono essere soggetti, o i servi, o i figli; gli altri tutti sono estranei. I servi nel nostro Dritto sono chiamati *eredi necessarj*: i figli costituiti in potestà, *suoi*, *e necessarj*: gli estranei vengono detti *voluntarii*, *pr. Inst. h. t. l. 15. l. 16. D. de adqu., vel omitt. hered.*

§. II.

Necessarius heres est servus heres institutus: ideoque

ideoque sic appellatur, *quia sive velit*, *sive nolit*, *omnino post mortem testatoris protinus liber*, *&* *necessarius heres fit*, dice Triboniano §. 1. *Inst. h. t.* (1). *Suo*, *e necessario* erede si dice, chi trovasi costituito in potestà del testatore, ed in tempo della morte ottiene il primo grado nella famiglia, §. 2. *Inst. h. t.* Dicesi *suo*, si perchè il figlio è in potestà, e dominio del padre, ed avo (ed in questo senso leggesi un tal vocabolo nella L. Xvirale) come pure, perchè vivo il padre, *quodammodo dominus existimatur*, al dir di Triboniano §. 2., e perciò sembra succedere a se stesso (2). Dicesi *necessario* perchè per

 drit-

(1) Stimavasi cosa turpe, che i beni di un cittadino Romano si fossero posseduti in forza dell' Editto del Pretore, ed indi venduti, *Cic. pro Quint. c.* 15. Si possedevano i beni da creditori per XXX. giorni: se fra questo termine non si sodisfacevano i debiti, i beni si vendevano *sub hasta voce praeconis*. Ma la L. Elia Senzia concedette al testatore, per rimuovere da lui questa infamia, di poter istituire erede il servo, a di cui nome si sarebbero i beni venduti, e così *famam*, *&* *pudorem ejus suscipiat*, giusta l' elegante espressione di Plinio *Ep. II.* 4. All' incontro i servi poco doveano curare questa infamia, perchè ricevevan la libertà.

(2) Onde il figlio di famiglia dicesi *particeps* del padre presso Terenzio *Heut. Act. I. Sc. I.*

Nec

dritto civile *omnino*, *sive velit*, *sive nolit*, *tam ab intestato*, *quam ex testamento*, *heres fit*. *cit*. §. 2.

§. III.

Ma poichè l'erede succede in tutti i dritti del defonto testatore, perciò il figlio dovea pagare i debiti paterni, o pure soffrir l'ignominia, che i beni ereditarj si fossero a di lui nome da Creditori posseduti. Ecco perchè il Pretore agli eredi *suoi* concedette il *beneficium abstinendi*, cioè agli impuberi, ancorche si siano nell' eredità immischiati, a puberi, se non siansi immischiati, §. 2. *Inst. h. t. l.* 57. *pr. l.* 11. *l.* 12. *l.* 17. §. 3. *D. de adqu. vel omitt. hered.* Ora è chiaro l'assioma del Dritto, *heredes sui hereditatem ipso Jure adquirunt*, §. 3. *Inst. de heredit. quæ ab intest.* Perciò essi non si dicono acqui-

Nec fas esse ulla me voluptate hic frui,
Nisi ubi ille huc salvus redierit MEUS PARTICEPS.

Perciò i figli diconsi *heri minores*. Elegantemente presso Plauto *Trin. act. II. scen.* 2. Lisitele risponde al padre, che domanda, se debba beneficare del suo a Lesbonico:

De meo, nam quod tuum est, meum est, omne meum autem tuum.

acquiſtar l'eredità, ma incontinente dopo la morte del teſtatore ſuccedono ne' dritti del medeſimo, *cit.* §. 3. *Inſt.* Non ſi dicono *pro herede gerere*, ma ſe *immiſcere*, non ſi dicono *repudiaſſe hereditatem*, ma ſe *abſtinuiſſe*. Perciò trasmettono agli eredi l'eredità, ancorche non adita *l.* 3. *C. de Jur. deliber.* (*V.* il *Tit. XV.* §. 5. *not.*)

§. IV.

Gli eredi *voluntarj* ſono gli *eſtranei*, i quali, non potendo eſſere aſtretti ad obbedire alla volontà del teſtatore; a di loro arbitrio poſſono, o *adquirere*, o pure *omittere hereditatem*. Aquiſtano l'eredità, o eſpreſſamente, con dichiarare la loro volontà, o tacitamente, allorche co' fatti vengono a ſignificarla: il primo modo diceſi ſtrettamente *aditio*: l'altro dicèſi *pro herede geſtio*, §. 5. *Inſt. h. t.* il primo è un atto legittimo, *l.* 77. *D. de Reg. Jur.* (3): il ſecon-

(3) L'adizione ſolea farſi *cum cretione*: *Cretio* era un atto legittimo di coloro, i quali erano ſtati iſtituiti eredi *cum cretione*. Ulp. *Fragm* XXII. 25. Si diceva iſtituito

do non esigge veruna solennità. *Pro herede gerere* si dice, *qui aliqnid quasi heres, & animo heredis facit*. p. e. coltivare i terreni, dar il denaro ad interesse, esiggere credito &c. §. *ult. h.t.*

tuito *cum cretione*, quando il testarore avea ingionto all'erede, *ut hereditatem cerneret*. La crezione era, o *perfetta*, o *imperfetta*. Imperocchè, se il testarore avea scritto: *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque: nisi ita creveris, exhers esto*. *Ulp. loc. cit.* §. 27. questa formula apparteneva alla crezione perfetta; se poi si tralasciavano le ultime parole, si diceva, l'erede istituito colla crezione imperfetta, ò pure se in luogo della eseredazione si fusse aggiunto, *si non creveris, tunc Mævius heres esto*, *Ulp. loc. cit.* §. 34. Era ancora la crezione, *o volgare, o continua:* la volgare, in cui si aggiungevan le parole, *quibus scieris, poterisque*: la continua, in cui si ommettevano, *Ulp. loc. cit.* §. 31. *e* 32. Il senso di queste parole era, che nella crezione volgare solamente i giorni utili, nella continua si numeravano tutti, *Sculting. ad Ulp. loc. cit.* L'etimologia della parola *cretio* è dal verbo *cernere*, cioè *decernere, deliberare*, *Cujac. obs. XXVII.* 18. Si faceva questa crezione fra certi giorni, (nel corso de' quali l'erede deliberava, se dovea accettare, o repudiare l'eredità) presenti i testimonj, *Cic. ad Att. XIII.* 14. nell'istesso atto doveansi proferire dall'erede le parole della crezione: *quum me Mævius heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*, *Ulp. loc. cit.* §. 28. *Briss. de Form. VII.* Proferite tali parole si diceva, *hereditatem adiisse*. Nè sembra essersi fatta con altri riti l'adizione dell'eredità, sebbene in alcuni casi l'adizione potea farsi anche senza la crezione. Vi sono quei, che stimano essersi adita l'eredità *percussione digitorum*, *Cujac. loc. cit. Merill. Obs. VI.*

h. t. purche non apparisca da sua protestazione, o da altri argomenti, che abbia ciò fatto, *pietatis, & custodiæ causa*, non già *animo heredis*, *l. 20. pr. §. 1. D. de adqu., vel omitt. hered.*

§. V.

Essendo l'uno, e l'altro modo una significazione di volontà, siegue, che l'adizione debba farsi spontaneamente, lungi ogni forza, o coazione, *l. 16. C. de jur. delib.* Come pure, che non possano adire l'eredità i furiosi, i mentecatti, gl'infanti, *l. 93. D. de adqu. vel omitt. hered.* ma invece loro deve adirla il padre, il tutore,

 il

IV. 34. per essere stato questo un segno di dominio presso gli antichi. Altri aggiungono ancora la saltazione; quali in segno di allegrezza, *Altesert. de fict. Jur. Tract.* 3. *c.* 2. Ma l'uno, e l'altro rito fu ricavato da un luogo di *Cic. de Off. III.* 17. malamente inteso. Tolse la crezione ne' beni materni Costantino *l. 1. C. Theod. de mater. bonis*, la di cui costituzione confermarono Costanzio nella *l. 4. C. Theod. eod.*, e Valentiniano nella *l. un. C. Theod. de cret.* Di poi fu all'in tutto abolita da Arcadio, come abbiamo nella *l. 17. C. de jure delib.* E sebbene Einecclo *Ant. h. t.* voglia, che da Giustiano col benefizio dell'inventario, e non già da Arcadio, fossesi la crezione *penitus* abolita, non possiamo però, con pace di sì grand'uomo, riputar sana questa nuova opinione.

il curatore, *l.* 18. *pr.* §. 1. *C. de Jur. delib. l. ult.* §. 3. *C. de Curat. fur.* I pupilli prossimi all'infanzia, o alla pubertà, ed i minori, l'adiscono coll'autorità del tutore, o col consenso del curatore, *l.* 18. §. *fin. C. de jur. delib.* Il figlio di famiglia deve adire l'eredità per comando del padre, sebbene per dritto nuovo il figlio di giusta età puole adire l'eredità, anche contraddicente il padre, ed in tal caso acquista la piena proprietà di questo peculio avventizio, (§. V. Tit. IX.) *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.*

§. VI.

L'erede, adita l'eredità, succede nell'universal dritto del defonto, cioè ne' commodi, e negl' incomodi; quindi è tenuto alla sodisfazione di tutt' i debiti, ancorche l'eredità *non sit solvendo*, *l.* 8. *pr. D. de adqu. hered.* Coll'adire sembra di aver quasi contratto co' legatarj, e fedecommissarj, e perciò questi possono domandare i legati, e fedecommessi coll'azione personale *ex testamento*, §. 5. *Inst. de oblig., quæ quasi ex contr.*

Or

Or dunque sembrando molto dura la condizione dell'erede, si concedettero al medesimo due beneficj, uno dal pretore, che dicesi *Jus deliberandi*, l'altro da Giustiniano, che appellasi *beneficium inventarii*.

§. VII.

Il *Jus deliberandi* è quello spazio di tempo conceduto all'erede istituito, affin di deliberare, se voglia adire, o pure repudiare l'eredità, *l.* 9. *C. de jur. delib.* il quale spazio, allorche istavano i creditori, era arbitrario: ma per dritto Giustinianeo, dal Principe un'anno, dal giudice nove mesi si concedono, purche si domandi fra l'anno, dal dì della scienza, *l. ult.* §. 13. *C. de Jur. deliber.* Che se niuno faccia premura, puole l'erede adire l'eredità eziandio fra gli anni 30. *l.* 8. *C. de Jur. deliber. l.* 7. *C. de pet. her.*

§. VIII.

Il beneficio dell'inventario fà sì, che l'erede

fatta legittimamente la descrizione de' beni ereditarj esistenti in tempo della morte, non sia tenuto, oltre le forze ereditarie, §. 5. *Inst. h. t. l. ult.* §. 2. *& seqq. C. de Jur. delib.* I requisiti da osservarsi, perche l'inventario riesca legittimo, sono molti. I. Deve cominciarsi fra XXX. giorni continui dal dì della notizia d'essersi l'eredità deferita; e fra altri LX. giorni, e ne luoghi distanti, o assenri gli eredi, fra un'anno dee compiersi. II. Si richiede *præsentia Tabulariorum*, al dir di *Giustin.* nella *cit. l. ult.* §. 2., cioè *præsentia, & auctoritas Notarii,* come spiega *A. Perez.* III. Citati gl'interessati, cioè i legatarj, ed i creditori, o, in assenza di costoro, debbano intervenire tre testimonj (4) *cit. l. ult.* IV. Compiuto l'inventario, deve sottoscrivere l'erede, esprimendo *& quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda, res apud eum remaneant*, giusta le parole della *cit. l. ult.* §. 2., e non sapendo, o non potendo scrivere, deve in dì lui vece sottoscrivere il Notajo, che sia ben conosciuto da' testi-

(4) *Locupletes, & bonæ opinionis*, giusta l' Aut. *sed cum testator C. ad L. Falcid.*

ſtimonj preſenti, *cit. l. ult. Nov. I. c.* 3. §. 1. (5).

§. IX.

Siccome gli eredi eſtranei con adire l'eredità l'acquiſtano; così, col repudiarla, la perdono, egualmente che gli eredi ſuoi coll'aſtenerſene. In queſto caſo la volontà viene a ſignificarſi parimenti, o con eſpreſſe parole, o tacitamente co fatti, *l.* 77. *l. fin. D. de adqu. vel omitt. hered* la repudiazione dell' eredità ſuppone la certezza della morte del teſtatore, come pure *ſi in ea cauſa ſit hereditas, ut adiri poſſit*, al dir di Ulp.

(5) Fa duopo notare, che ſebbene a Giuſtiniano dopo introdotto da lui il beneſizio dell'inventario, ſia ſembrato inutile l'altro del *Jus* di deliberare, pure, com'egli dice, moſſo dalle ſuppliche di molti, laſciò in libertà dell'erede di avvalerſi anche di queſto beneſizio, *cit. l. ult.* §. 13. Ben vero volle, che dopo domandato il beneſizio di deliberare, piacendo all'erede di adir l'eredità, non debba godere gli effetti del beneſizio dell'inventario, come in pena del diſprezzo fattone, e perciò deve pagare gl'interi debiti, non puol detrarre la Falcidia (§. V. Tit. XXII.) e finalmente deve *in ſolidum* ſoddisfare i legati, *licet pura ſubſtantia morientis tranſcendat menſuram legatorum datio*. *Nov.* 1. *c.* 2. §. 2., dove quell'elegante eſpreſſione *pura ſubſtantia* dinota ciocchè rimane dedott' i debiti, e la quarta Falcidia.

Ulp. nella *l.* 15. *pr.* *D. eod.* ove soggiunge l'istesso Giureconsulto &c. *caeterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil agit, qualis qualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata est*. Perciò, verificandosi la condizione, s'egli volesse adir l'eredità, non se gli potrebbe impedire, mal grado d'averla ripudiata inutilmente, pendente l'evento della condizione. Ma generalmente chi abbia ripudiato, o siasi astenuto dall'eredità, non puole col pentirsene riaquistarla. Siccome per l'opposto, chi abbia adito, o siasi immischiato, non puole poi ritrattarsi, §. 5. *Inst. h. t.* *l.* 10. *D. de Jur. deliber.* *l.* 4. *C. de repud. hered.*, purche non sia minore di XXV. anni, cui soccorre il pretore col remedio della restituzione *in integrum*, *l.* 57. §. 1. *D. de adqu. her.* *l.* 24. §. 2. *D. de minor.*

TIT.

T I T. XX.

De legatis.

Finora si è parlato dell' eredità deferita per testamento. E perchè eziandio i legati soglionsi lasciare in testamento, perciò Giustiniano passa qui a trattarne, non ostante che avrebbe dovuto piuttosto parlarne dopo il *Tit. de Donationibus*, come uno de' modi particolari di acquistare il dominio.

§. I.

Il legato vien definito da Florentino nella *l.* 116. *pr. de legat.* 1. *Delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum vult.* Ma Giustiniano convenientemente al dritto nuovo definisce il legato, *una certa donazione lasciata dal testatore, da prestarsi dall' erede*, §. 1. *Inst. h. t.* Per dritto antico era molta differenza fra i legati, e fedecommessi particolari: quelli doveansi lasciare

con

con parole dirette (1); questi colle oblique: quelli nel testamento, o ne' codicilli confermati col testamento, questi poteansi lasciare anche ne' codicilli non confermati, anzi col solo cenno. *Ulp. Fragm. Tit. XXV.* §. 3. 8., quelli doveansi lasciare in lingua latina, questi anche in lingua greca, *Ulp. T. XXV.* §. 9. Inoltre per dritto antico quattro erano i diversi generi de' legati, che costavano di formule diverse. I. *Per vindicationem*, colle seguenti parole, *da*, *lego*, *sumito*, *capito*. *II. Per damnationem*, *heres damnas esto. dare*, *dato*, *facito*, *eum dare facere jubeo* (2). *III. Per praeceptionem*: *heres praecipito*, *praecipuam rem accipito* (3). Imperocchè questa spezie di legato si lascia a uno de' coeredi. IV. *Si-*

(1) Ond' elegantemente Ulpiano Tit. XXIV. §. 1. *legatum est*, *quod legis modo*, *idest imperative*, *testamento relinquitur*.

(2) Di questi vocaboli avvalevansi pure i legislatori *l. 2. pr. l. 27.* §. 5. *D. ad l. Aquil.* Brisson. *de V. S.* Il legato è, come una legge imposta dal testatore all' erede. Se non vogliam dire, esser anche questo un argomento, che i testamenti antichi faceansi per modo di legge ne' Comizj Calati, come altrove si è detto.

(3) *Praecipere* suona lo stesso, che *ante capere*, come osserva Festo. Cioè, che l' erede prendevasi la cosa in in siffatta guisa legata, *veluti praecipuam*, o sia *praecipui titulo*, al dir di Scevola nella *l. ult. pr. de legat.* 2.

Sinendi modo, con quest'altra formula, *heres sinito legatarium sumere, vel habere*, §. 2. *Inst. h. t. Ulp. Tit. XXV.* §. 2. *seqq.* Molte erano le differenze fra questi diversi generi di legati, quali possonsi leggere presso Merillio. *Obs. VI*, 32. (4).

§. II.

Ma per dritto nuovo è tolta la differenza fra gli esposti generi de' legati, ed è anche tolta quella

(4) *Per vindicationem* si poteano lasciare soltanto quelle cose, le quali in tempo della morte, e della fazion del testamento, erano nel dominio Quiritario del testatore. Altrimenti in forza del S. C. Neroniano, si sostenea il legato, come se fosse stato *damnationis*; per le cose fungibili, bastava che fossero state nel dominio Quiritario del testatore in tempo della morte. Le cose legate in siffatta guisa produceano nel legatario il dominio Quiritario, e si domandavano coll'azione *in rem*, Ulp. *Fragm. Tit. XXIV.* 11. *Per damnationem* si poteano lasciare tutte le cose, anche aliene; e queste si domandavano coll'azione *ex testamento*, egualmente che quelle legate *sinendi modo*, le quali però doveano essere proprie del testatore, e dell'erede. *Ulp. ibid.* §. 10. Finalmente *per praeceptionem* si lasciavano le stesse cose, che *per vindicationem*, e si domandavano col giudizio *familiae erciscundae*, *Ulp. ibid.* §. 11. Ed altre differenze, che possonsi leggere presso il lodato Merill. e presso Ant. Sculting. *in Ulp. Fragm. XXVI.*

quella richiesta solennità di parole, dovendo oggi valere i legati *quibuscunque verbis relicta*, §. 2. *Inst. h. t. l.* 21. *C. de legat.* anche ne' codicilli *ab intestato*, *l.* 1. *C. de Codicill.* nell'epistola *l.* 75. *pr. de legat.* 2. *l.* 22. *C. de fideicom.* anzi senza scrittura, *solo nutu l.* 21. *pr. D. de legat.* 3. purche si adoperino cinque testimonj *cit. l.* 22. *& l. ult. Cod. de Codicill.* (5). Giustiniano togliendo ancora la differenza fra i legati, e fedecomessi particolari, stimò necessario *omnia legata fideicommissis exaquare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura*, *al dir di Tribon.* §. 3. *Inst. h. t. l.* 2. *C. commun. de legat. & fideicomm.* Val quanto dire, che oggi i legati, e fedecommessi *verbo differunt, non re*, giusta espressione del nostro Cirillo *h. t.* Finalmente taluni, come Vinnio, han creduto, che ancora siano rimaste alcune differenze fra i le-

(5) E' da notarsi però l'oscitanza de' Compilatori delle Pandette, i quali, ciò non ostante, lasciarono ivi molte LL. esprimenti le differenze fra i legati, e fedecommessi. V. Merill. *Variant. ex Cujacio cap.* 10., & *Obs. VI.* 33.

legati, e fedecommessi. Ma li convince di manifesto errore Galvano *de usufr. XIV.* 23.

§. II.

Vediam'ora quali cose si possono legare. Si possono legare tutte le cose, sì corporali, che incorporali, purche sieno in commercio. Imperocche è di niun momento il legato della cosa esente dal commercio, *nec aestimatio eius debetur*, al dir di *Tribon.* §. 4. *Inst. h. t.*, come delle cose sacre, sante, religiose, pubbliche *l.* 41. §. 1. *D. de legat.* 1. *l.* 39. §. 8. *&* *seqq. eod.* Ciò però s' intende, quando la cosa sia assolutamente esente dal commercio: imperocchè, se la cosa sia esente dal commercio per rispetto a certa persona, vale il legato, purche il legatario ne abbia il commercio, cioè possa acquistarla, poco importando, che l'erede sia privo del commercio: per l'opposto sarebbe inutile il legato, se il legatario non possa averne il commercio, ancorche lo avesse l'erede, *l.* 49. §. 2. *&* 3. *de legat.* 2., come se si legasse il predio sito in quella provincia,

cia, dove il legatario *officii caussa agit, vel militat*; *l. 62. D. de contrah. empt.*

§. IV.

Si puol legare la cosa, non solo del testatore, ma anche dell'erede, e aliena, §. 4. *Inst. h. t. l. 36. §. 7. D. de legat. I.* Vale però il legato, se il testatore sapeva, che la cosa non era sua, nel qual caso deve l'erede acquistarla dal padrone, per darla al legatario, o non potendola acquistare, deve darne a costui il prezzo; ma se il testatore credea esser propria, il legato non sussiste, *cit.* §. 4. *Inst. l. 10. C. h. t. l. 67.* §. 8. *eod. 2.* (6). Che se la cosa legata sia dell'erede, vale il legato, ancorche il testatore l'avesse creduta propria, *cit. l. 67.* §. 8. e se vale il legato della cosa aliena, che il testatore sapeva essere aliena, molto più deve valere il legato della cosa del testatore, che costui falsamente credeva esser aliena, §. 11. *Inst. h. t.* (7).

Sic-

(6) Al legatario però incumbe di provare la scienza del testatore, *cit.* §. 4. *l. 2. D. de probat.*

(7) La ragione, che qui adduce Triboniano, *nam plus*

Siccome anche deve valere il legato della cosa, che il testatore suppone essere del legatario, quando è sua, *cit.* §. 11. *Inst. h. t. quia exitum voluntas defuncti habere potest*, come ivi dice Triboniano. Sul legato della cosa aliena devesi riflettere, che se il legatario ne avesse acquistato il dominio, vivo il testatore, con causa lucrativa, p. e. per donazione; non se li deve, nè la cosa, nè il prezzo, e rimane estinto il legato, per l'assioma, *duæ lucrativæ Caussæ in eundem hominem, & eandem rem concurrere non possunt* §. 6. *Inst. h. t. l.* 108. §. 4. *D. de legat.* 1. Ma per l'opposto, se il legatario ne avesse acquistato il dominio con causa onerosa, p. e. per compra (8), se li deve il prezzo dall'erede, *cit.* §. 6. *Inst. l.* 34. §. 7. *D. de legat.* 1. *quia videtur res ei abesse, cui pretium abest.*, al dir di Paolo nella *l.* 14. *D. de V. S.* Quindi soggiunge Tri-

plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione, non quadra, ma quadrerebbe piuttosto all'altro caso espresso nel medesimo §. come riflette Vinnio.

(8) Notiam qui di passaggio, che la causa della dote devesi eziandio annoverare fra le onerose, onde disse Giuliano nella *l.* 19. *de O. & A. ex promissione dotis non videtur lucrativa caussa esse, sed quodammodo creditor, aut emptor intelligitur, qui dotem petit.*

boniano nel *cit.* §. 6. *si ex duobus testamentis*; cioè da testamenti di due, *eadem res eidem debeatur*, ed il legatario in forza di un testamento abbia già conseguita la cosa, non possa poi domandarne l'estimazione in virtù dell'altro testamento, *quia habet rem ex caussa lucrativa*; se Poi dal primo testamento abbia conseguito il prezzo, possa dell'altro pretendere la cosa, *cit.* §. 6., poichè, al dir di Celso nella *l.* 88. *de V. S.*; *neque quisquam, eum qui pecuniam numeratam habet, habere dicit quidquid ex ea parari potest*. Inoltre dice Triboniano nel §. 9. *h. t.* se siasi legato il fondo alieno, ed il legatario se ne trovi comprata la proprietà, dedotto l'usufrutto, che poi provenga a lui, o per la diminuzion di capo del venditore, o per altra causa lucrativa, non potrà domandare in forza del testamento, che l'estimazione della nuda proprietà, *deducto usufructu*.

§. V.

Se si legasse al lagatario la cosa del legatario medesimo, è inutile il legato, *quia quod pro-*

prium est ipsius, amplius ejus fieri non potest, al dir di Triboniano nel §, 10. *h. t. l.* 13. *C. de legat.*, ancorche il legatario, vivente il testatore, alienasse la cosa legata, per la regola Catoniana, *quod, si facti testamenti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valet*, *l.* 1. *pr. D. de Reg. Caton.* Ma se il legato fosse colla condizione, *si eam vivo testatore alienaverit*, vale il legato, *cit. l.* 1. §. 2, perche la regola Catoniana non concerne le disposizioni condizionali, *l.* 4. *D. eod.*

§. VI.

Se il testatore legasse la cosa ad altri oppignorata, dee farsi la stessa distinzione, che del legato *rei alienæ*, cioè, che se il testatore sapea, che la cosa era oppignorata, dee l'erede ricattarla, e prestarla al legatario, se poi ciò ignorava, dee ricuperarsela il legatario, come pure se il testatore avesse espresso, che il legatario dovesse ricattarsela (la qual cosa si presume nel legato di università, come della dote, se si trovi pignorata qualche cosa particolare, *l.* 15. *D. de dote*

præl.) §. 5. *Inst. h. t.*, *l.* 57. *D. de legat.* 1., circa la di cui lettura molto contendono gl' Interpreti, ma la miglior' è di Donello seguito da Eineccio nelle note a Vinnio *h. t.*

§. VII.

Dalle cose già dette si può ben arguire la ragione, per cui non perisca il legato della cosa, che poi l' istesso testatore avesse alienata, purchè non abbia ciò fatto con animo di togliere il legato, che si presume, se l' alienazione non fosse stata necessaria, ma volontaria, §. 12. *Inst. h. t. l.* 11. §. 12. *D. de leg.* 3. *l.* 18. *D. de adim. leg.* ma se il testatore avesse pignorata la cosa legata, non sembra aver voluto rivocare il legato, *cit.* §. 12., giacchè non si sogliono pignorar le cose senza necessità. Quel, che poi soggiunge Triboniano nel *cit.* §. 12. è un corollario delle cose predette, *si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur; pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit*.

§. VIII.

§. VIII.

Si possono legare non solo le cose presenti, ma anche le future, p. e. *fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit*, al dir di Triboniano *nel* §. 7. *h. t.* Ma questo legato ha la tacita condizione, se i frutti, o'l parto nasceranno, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* la qual condizione, a differenza di ogni altra, trasmette la speranza nell'erede, *l.* 1. §. *ult. l.* 6. §. 2. *quan. dies leg.*, poichè siffatta condizione *ex natura rei*, *non ex testamento est*, al dir di Vinnio *h. t.* E perciò, se niente nascerà, o se nascerà nel fondo meno di quel, che si è legato, niente si dee, o non si dee più di quel, che si produce, *l.* 8. §. 2. *D. de legat.* 2. *l.* 5. *D. de tritico, vino, vel oleo legato* (9).

(9) Bisogna però distinguere, se il fondo siasi apposto *demonstrationis caussa* in diversa proposizione, p. e. *lego un' anfora di vino, che si ricaverà dal fondo Tusculano*, ed allora ancorchè niente si produrrà, devesi il legato, *l.* 12. *D. de alim. leg. l.* 13. *D. de trit. vin. & oleo*; o pure, se il fondo siasi aggiunto *taxationis caussa*, p. e. *lego un' anfora di vino della vigna Tuscolana*, ed allora, se niente si produrrà di frutto, niente si dovrà *l.* 5. *D. eod. l.* 8. §. 2. *D. de leg.* 2.

§. IX.

E poichè possonsi legare eziandio le cose incorporali, è fuor di dubio, che sussista il legato *nominis*, e 'l legato *liberationis*. Con quello il testatore conferisce nel legatario ciocchè un terzo li deve; sicchè in forza di tal legato viene ad essere costretto l'erede di cedere le azioni al legatario, §. 21. *Inst. h. t. l.* 44. §. 5. *l.* 105. *D. de leg.* 1. *l.* 15. §. 2. *eod.* Vale a dire, che il legatario non potrà diriggersi contro il debitore, se non in forza della cessione fattali dall' erede, alla di cui persona rappresentante il defonto sta attaccata l'azione, giacchè il legatario non succede in *jura testatoris;* sebbene per dritto nuovo, anche senza la cessione, si da al legatario l'azione utile avverso il debitore, *l.* 18. *C. h. t.* Col legato *liberationis* viene il testatore ad obbligare l'erede di restituire al legatario debitore il chirografo, ed è in libertà del legatario, o di difendersi coll' eccezione avverso l'erede, o pure di convenire l'erede istesso, acciò lo liberi per l'accettilazione, §. 13. *Inst. h. t. l.* 3. §. 3. *D. de liberat. leg.* Che se il testatore abbiasi esatto

il

il debito, o in altro modo abbia liberato il debitore, si estinguono i legati *nominis*; *& liberationis*, *l.* 75. §. 2. *de leg.* 1. Purche però il testatore abbia ciò fatto con animo di togliere il legato, lo che non deve presumersi, se fosse stato in necessità di esiggere il credito, *l.* 11. §. 12. *&* 13. *D. de legat.* 3. V. Vinnio *h. t.*

§. X.

Il legato del *debito* è utile, quando il debitore lega al suo creditore il debito, purchè *sit plus in legato*, *quam in debito*, §. 14. *Inst. h. t.* p. e., se il debito *sub conditione*, *vel ex die* si legasse *pure*, *cit.* §. 14. o in qualunque altra maniera avvenga, che interessi al creditore di agire più tosto in forza del testamento, che della pristina obligazione, come diffusamente esemplifica Vinnio nel *cit.* §. Non svanisce il legato del debito *in diem*, o *sub conditione*, se vivente il testatore, venga il tempo del debito, o esista la condizione, giusta la dottrina di Papiniano nella *l.* 5. *D. ad l. Falcid.* poichè non *fit irritum quod semel competit*, come dice ivi il Giurecon-

 sulto,

fultó, la dicui ſentenza fu approvata da Giuſtiniano nel *cit.* §. 14. mal grado la opinione di taluni, i quali volean ſoſtenere *extinctum eſſe legatum, quia in eam cauſſam pervenerit, a qua incipere non poteſt.* leggaſi il chiariſſ. G. Gotofredo nel comm. alla *l.* 85. §. 1. *D. de R. J.*

§. XI.

Di ſimil natura è il *prelegato* della dote (10). Poiche *plenius eſt legatum, quam de dote actio*, al dir di Triboniano §. 15. *Inſt. h. t.* di fatti nel legato della dote, queſta deveſi per intiera ſubito adita l' eredità, ma per dritto nuovo, ſe la dote conſiſte in mobili, deveſi reſtituire fra l'anno, *l. un.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* Altri vantaggi ancora ſi potrebbero conſiderare in queſto prelegato, di cui V. Vinnio nel *cit.* §. e ivi Einec-

(10) Dicesi *prælegatum*, perchè l'erede dee ſodisfarlo prima del tempo. Quindi abbiam il Titolo ne' *Dig. de dote prælegata*. Nelle Pandette Fiorentine leggesi *de dote relegata*, perche quantunque *relegare* propriamente significhi replicatamente *legare*, *l.* 3. §. 2. *D. quib. mod. uſuſfr. amitt.*, pure ſpeſſo dinota *id, quod reddi potius videtur, quam dari*, come dice Papiniano nella dote legata *l.* 77. §. 2. *de leg.* 2.

Eineccio. Che se il marito avesse prelegata la dote non ricevuta giammai, se siasi spiegato semplicemente, *dotem, quam ab uxore accepi, ei do lego*, il legato sarà inutile, per l'inesistenza della cosa, *l.* 75. §. 1. *D. de legat.* 1., se poi il testatore avesse espressata certa quantità, certo corpo, o l'Istrumento dotale, vale il legato; p. e. *centum, quæ in dotem accepi, do, lego*: *fundum Tusculanum mihi in dotem datum, uxori do, lego*]: o pure, *centum, quæ in instrumento dotali conscripta sunt*, *l.* 3. *l. ult. C. de fals. caus. adj. leg.* per quel principio, *falsa demonstratio non vitiat legatum*, §. 30. *Inst. h. t.*

§. XII.

Si può legare non solo la *spezie*, ma anche il *genere*, §. 22. *Inst. h. t.* Chiamano spezie i Giureconsulti ciocchè i Filosofi dicono *individuo*, come il fondo Tusculano: chiamano genere ciocchè i Filosofi appellano spezie, come il fondo, il servo &c. La *quantità* poi è il genere definito dal numero; p. e. cento docati &c. Vale il legato del genere, purche il genere abbià certi ter-

termini dalla natura, come se si lega un bue; un servo, ancorchè il testatore niuno di questi abbia lasciato nell'eredità, *cit.* §. 22. *Inst.* *l.* 32. §. 5. *de legat.* 2. Per l'opposto, è inutile, e derisorio è il legato, se il genere dipenda dall'arbitrio degli uomini, come un fondo, una casa; e nell'eredità niuna di queste cose abbia il testatore lasciata, *l.* 71. *pr.* *D.* *de leg.* 1., imperocchè tali cose *non natura*, *sed nostra destinatione constituuntur*, al dir di Pomp. nella *l.* 24. §. 3. *de legat.* 1. Quindi per fondo potrebbe darsi anche una minima parte di un fondo (11). *l.* 60. *de V. S.* lo stesso può dirsi rispetto alla casa, *cit.* *l.* 24. §. 3. Valendo il legato del genere, l'elezione è del legatario, *nisi testator aliud dixerit*, al dir di Triboniano *cit.* §. 22. Val quando dire, che il testatore deve espressamente permettere l'elezione all'erede, *l.* 12. *de opt. leg.* O che l'elezione sia dell'erede, o che sia del legatario, *id esse observandum*, *ne optimus*, *vel pessimus accipiatur*, scrisse Gajo Cassio presso Ulpiano *l.* 37. *de leg.* 1. Ed ecco la gran

(11) *Quam funda possis mittere*, al dir di Varrone presso Quintil. *Inst.* *VIII.* 6.

gran differenza fra il legato del genere, e quello, che dicesi *optionis* (12), cioè quando il testatore prescrive al legatario di scegliersi uno de' suoi servi, o una delle sue cose, nel qual caso il legatario puole scegliersi *etiam optimum* (13) §. 23. *Inst. h. t. leg. 9. §. 1. D. de dolo malo*. Ma non puole poi rifiutare quel, che una volta ha scelto, *l. 20. D. de opt. leg.* Se però siano più i legatarj, o più gli eredi del legatario, i quali dissentissero nella scelta del corpo, *ne pereat legatum*, volle Giustiniano, che colla sorte si fusse eletto chi dovesse scegliere, *cit. §. 23. l. ult. C. comun. de legatis*.

§. XIII.

(12) *Servi optio* vien da Papiniano numerata fra gli atti legittimi, *l. 77. de R. J.* Quindi leggiamo *optionum verba solemnia* presso l'autore delle declamazioni. *Decl. IV.*

(13) Per dritto antico il legato *optionis* era condizionale, comprendendo la tacita condizione, *si legatarius optaret*, vale a dire morendo il legatario prima di scegliere, non si trasmettea il dritto di scegliere al di costui erede; ma Giustiniano con sua costituzione, (la quale però non esiste nel codice, su di che si legga Einneccio a Vinnio *cit. §. 25.*) tolse siffatta condizione, e volle, ch' eziandio l'erede del legatario potesse scegliere, *cit. §. 23.*

§. XIII.

Circa le persone, a quali si può legare; Triboniano nel §. 24. *Inst. h. t.* insegna questa regola: *legari illis solum potest, cum quibus testamenti factio est*, cioè a quelli, i quali possono acquistare dall' altrui testamento, ancorchè essi non avessero il dritto di testare, come spiega qui Vinnio. E siccome per dritto antico le persone incerte *non poterant ex testamento capere*, perciò nemmeno poteansi da esse acquistare i legati, o fedecommessi, §. 25. *Inst. h. t.*; quindi non poteasi legare al postumo alieno, §. 26. *Inst. h. t.* Ma Giustiniano con sua costituzione (la quale manca nel Codice (14)) deregò al dritto antico, e dalle parole del §. 27. delle istituzioni *h. t.* si arguisce, di aver egli disposto, che al postumo alieno, ed alle persone incerte si potesse utilmente legare, se potessero rendersi certe, *vel in præsens, vel ex futuro eventu*, come osserva Vinnio nel *cit.* §. 27. Inutilmente si lega all' ere-

(14) Se manchi, perche gl' imperiti Libraj l'avessero ommessa, per averla veduta scritta in greco, o per altra causa, si disamina da Strauchio Diss. *de incertis personis*.

erede, e per la stessa ragione inutilmente si lega al servo dell'erede, fuorchè *sub conditione*, §. 23. *Inst. h. t.*

§. XIV.

Si possono addossare i legati a tutti quei; a quali colla morte del testatore pervenga qualche cosa. Così all'erede, che al sostituto, *l.* 74. *de legat.* 1. *l.* 34. §. *ult. D. de vulg. & pupill.* E per Dritto nuovo all'istesso legatario, e fedecommessario, essendosi eguagliata la natura de legati, e de fedecommessi, per la *l.* 2. *C. commun. de leg. pr. Inst. de singul. reb. per fideic. relict.*, dove V. Vinnio, e Einneccio nella nota: anzi si puole gravare di legati il donatario *caussa mortis*, *l.* 77. §. 1. *D. de legat.* 2. *Hoc solum observandum, est*, soggiunge *Triboniano nel.* § 1. *eod.*, *ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento cœpit; nam quod amplius est, inutiliter legatur*. Ma questa regola soggiace ad alcuno eccezioni., o per meglio dire, dichiarazioni, le quali si possono leggere presso il lodato Vinnio nel *cit.* §. 1.

§. XV.

§. XV.

Quante volte la medesima cosa si lega a più persone, e manchi uno de' collegatarj, si fà luogo al *Jus accrescendi*, §. 8. *Inst. h. t.*, non altrimenti, che nell'eredità, sebbene per diversa ragione, cioè, ne' legati ha luogo il *Jus accrescendi*, per presunta volontà del testatore, il quale si suppone di aver voluto, che la parte mancante accresca al collegatario più tosto, che rimanga presso l'erede, e all'incontro nell'eredità ha luogo per necessità di dritto, acciò il testatore non muoja parte testato, e parte intestato, ond'è che il testatore non puole proibire il Jus accrescendi nell' eredità. Vedi B. Uber.] *Pral. h. t.* §. 23. (15). Affinche però abbia luogo questo sottilissimo dritto, è necessario, che i legatarj sieno chiamati alla medesima cosa, e giusta l'es-

(15) Il jus accrescendi ebbe origine non dalle LL. delle XII. Tavole, ove non fecesene menzione, si bene dalla interpretrazione de' Prudenti. Di poi la L. Giulia, e Papia Poppea *de caducis* in molti casi derogò a tale Dritto. V. Eineccio nel *Comm. a detta L. Lib. III.* Ma Giustiniano restituì l'antico Dritto, *l. un. Cod. de Cad. toll.*

l'espressione del dritto, *sint conjuncti*, *l.* 1. *D. de usufr. accresc.* E' necessario ancora, che uno de' collegatarj *deficiat*: s'intende *deficere*, se il collegatario, o in tempo della fazion del testamento non esista in natura, o abbia ricusato il legato, o sia premorto al testatore (16), o sia mancata la condizione, o che in altro modo siasi reso incapace *l. un.* §. 2. 3. 4. *C. de caduc. toll. cit.* §. 8. *Inst.* Si danno tre spezie di congiunzione. 1. *Re tantum*, quando i legatarj vengono chiamati alla medesima cosa, ma con diverse proposizioni, onde soglionsi dire ancora *disjuncti*, §. 8. *Inst. h. t.* p. e. *Titio ades meas do, lego; Sempronio easdem ades do, lego*, *l.* 89. *D. de leg.* 3. III. *Verbis tantum*, quando son chiamati alla medesima cosa, colla stessa proposizione, ma coll'espressione delle parti: p. e. *Titio, & Sejo fundum aquis partibus do, lego*, giusta l'esempio, che ne reca Paolo nella *cit. l.* 89. III. *Re, &. verbis simul*, o sia *mixtim*, quan-

(16) Imperocchè, se il collegatario, anche per un momento, sopraviva al testatore, il legato si trasmette agli eredi, e niente accresce a Collegatarj, *l. un.* §. 5. *C. de caduc. toll. l.* 5. *pr. D. quan. dies leg. ced.*

quando son chiamati alla stessa cosa, colla medesima proposizione, ma semplicemente, cioè senza l'espressione delle parti, p. e. *Titio, & Sempronio ades meas do, lego, cit. l. 9. & l. 142. D. de verbor. signif.* Le regole poi, che debbonsi osservare in ordine a queste tre congiunzioni, sono le seguenti. I. Se i legatarj sono congionti *verbis tantum*, o *mixtim*, la porzione di quello, che manca, accresce al collegatario. II. Se manchi il congionto *re tantum*, la di lui porzione accresce a tutti, ben vero i congionti *verbis*, & *mixtim* fan le veci di un solo legatario; cioè si contano per uno, *l. 34. pr. D. de leg. l. un. §. 10. C. de caduc. toll.* III. Ai congiunti *mixtim*, & *verbis* accresce la porzione del collegatario deficiente, purch'essi la voglino, e col peso; ai congiunti *re tantum* accresce, ancorchè non voglino, ma senza peso; *cit. l. un. §. 10. & 11. C. de cad. toll.* (17).

§. XVI.

(17) Eccone gli esempj. Fingiamo, che il testatore abbia disposto: *Primo fundum Tusculanum do, lego: Secundo eumdem do, lego; Tertio, & Quarto eumdem do, lego aquis partibus: Quinto, & Sesto eumdem do, lego.* Se manchi il Quinto, la di lui porzione accresce al

Ter-

§. XVI.

Passiam' ora a trattar della maniera di legare. Si puole legare, o *pure*, o *in diem*, o *ex die*, o *sub conditione*, o *sub demonstratione*, o *sub caussa*, o *sub modo*, *l.* 1. *pr. D. de condit. & demonstr. l.* 17. *pr.* §. *ult. l.* 72. §. 6. *D. eod.* Si lega *pure*, quando il legato non rimane sospeso da qualche evento, ed allora devesi subito il legato, cioè *dies cedit*, *& venit a die mortis testatoris*, *l.* 5. §. 1. *D. quand. dies legat. ced.* (18), eccetto il legato dell' usufrutto, dell' uso, dell' abitazione, e della libertà (e anticamente eziandio il legato *opticnis*) il giorno de' quali non cede, se non se dal dì dell' adizione dell' eredità, giacchè siffatti legati non si trasmettono agli ere-

Sesto, purchè costui vogli, e col peso: la porzione del Quarto accresce al Terzo della stessa guisa; mancando il Primo, la di lui porzione accresce a tutti, eziandio contro voglia, in maniera però, che il Secondo abbia un triente; e 'l Terzo, e 'l Quarto l'altro triente: e 'l terzo triente se lo prendano il Quinto, e 'l Sesto, ma tutti senza peso,

(18). *Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit*, disse il Giureconsulto Ulpiano nella *l.* 213. *pr. de V. S.*

di, *l. un.* §. 2. *D. quan. dies usufr. leg. ced. l.* 8. *D. quando dies leg. ced. l.* 16. *D. de opt. legat.*

§. XVII.

Il legato *in diem* sarebbe, *Mavio lego ades meas per decennium. Ex die*, o che il giorno sia certo, o che sia incerto, sarebbe, *lego fundum per decennium a morte mea, vel a tempore, quo liberos susceperis*. Nel primo caso del legato *in diem*, il giorno *statim cedit*, & *venit a morte testatoris*. Nel secondo caso, del legato *ex die*, se il giorno è certo, *cedit, sed non venit*, se non esiste, *l.* 4. §. 1. *l.* 21. *D. quand. dies leg. ced.*; Se poi sarà incerto, *nec cedit, nec venit*, prima, che esista, *l.* 21. & 22. *D. eod.* giacchè il giorno incerto hassi per condizione, *l.* 75. *D. de condit. & dem.* Intorno al legato condizionale, bisogna osservare quelle stesse cose, che noi dissimo nel Tit. *XIV.* §. 7. & *seqq.* Aggiungiamo, che in siffatto legato il giorno, *neque cedit, neque venit*, pria, ch' esista la condizione, *l.* 5. §. 2. *D. quando dies leg. ced.*, e perciò morendo

do il legatario, pria, che si verifichi la condizione, il legato non si trasmette all'erede, a differenza de' contratti (§. 9. *cit. tit.*), nè il legato si acquista al padre, se la condizione esista dopo emancipato il figlio, *l.* 18. *D. de R. J. l.* 5. §. 2. *D. quan. dies leg. ced.*

§. XVIII.

Il legato *sub demonstratione* è quando alla persona, e cosa legata si aggiunge la descrizione, per designarla con maggior certezza, p. e. *Stichum servum meum vernam do, lego*. La falsa dimostrazione non vizia il legato, §. 30. *Inst. h. t. l.* 17. *pr. l.* 34. *pr. l.* 40. §. 4. *D. de cond. & demonst.* (19). Non altrimenti, che l'errore del nome §. 29. *Inst. h. t. l.* 4. *D. de leg.* 1. giacchè *cum de persona constat, valet legatum*, al dir di Triboniano nel *cit.* §. 29. ove leggasi

 Vin-

(19) Nota però Vinnio nel citato §., che questa regola ha le sue eccezioni, ond' egli fissa questa limitazione, *nisi quid aliud legato obstet, præter falsitatem demonstrationis*, come p. e. *centum, quæ in arca habeo, Titio lego*; se nella cassa niente si trovi, niente si deve, *nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur*, dice Africano nella *l.* 108. §. 10. *D. de legat. I.*

Vinnio. Il legare *sub caussa* è quando il testatore esprima le causa impulsiva p. e. *Titio*, *quia me absente negotia mea curavit*, *Stichum do*, *lego*, §. 31. *Inst. h. t. l.* 72. §. 6. *D. de cond. & demonstr.* Questa, ancorchè falsa, neppure vizia il legato, *cit.* §. 31. *Inst.*, purche dall' erede non si provi, che il testatore, *alias legaturus non fuisset*, al dir di Papiniano nella *cit. l.* 72. §. 6. come pure, se la caussa sia stata enunziata condizionalmente, p. e., *Si Titius negotia mea curavit*, *lego*, in tal caso sembra, che il testatore avesse inteso legare sotto la condizione, se Tizio veramente avesse curato i suoi negozj, *cit.* §. 31. *& l.* 17. §. 3. *D. de condit. & demon.* Il legato *sub modo* si verifica, quante volte si esprime il fine, percui siasi legato, p. e; *Titio centum do*, *lego*, *ut mihi monumentum faciat*, *cit. l.* 17. §. *ult.* Questo legato riputasi puro, e si puole subito esigere; deve però il legatario prestar la cauzione di restituir la cosa, se non adempisca al modo, *l.* 40. §. *ult. & l.* 80. *D. eod.* (20).

§. XIX.

(20) Non altrimenti si osserva, se all' eredità, o al lega-

§. XIX.

Vediam ora alcune differenze fra il Dritto antico, e nuovo, circa la validità de' legati. Per antico dritto Romano inutilmente legavasi prima della istituzione dell' erede, §. 34. *Inst. h. t.* per la ragione, che i testamenti da questa prendono vigore, onde le cose scritte prima dell' istituzione dell' erede sembravano fuor del testamento. Ma Giustiniano con una sua Costituzione citata in detto §., ma non esistente, stabilì, *ut liceat, & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones, legatum relinquere*. Secondo le regole dell' antica Giurisprudenza neppure si potea legare in questa guisa, *cum heres meus mortuus fuerit, do, lego*, o pure, *pridie quam heres, aut legatarius morietur*; ma Giustiniano, ad esempio de' fedecommessi, volle, che siffatti lega-

legato si fusse apposta la condizione negativa, imperocchè questa non sospende l'eredità, o il legato, se l'erede, o il legatario, presti la cauzione di non controvenire giammai alla condizione, la qual cauzione si chiama *Muciana* dal di lei inventore; diversamente però nelle convenzioni, l'effetto delle quali viene sospeso dalla condizione negativa fino alla morte, come diremo a suo luogo, onde la cennata cauzione non riguarda le convenzioni, Cujac. *Obs. lib. XIV. cap. 37.*

ti eziandio valessero, §. 35. *Inst. h. t.* Per dritto antico erano anche inutili i legati *pœna nomine*, cioè quei, che si lasciavano *coercendi heredis caussa, quo magis aliquid faciat, vel non faciat, veluti si quis ita scripserit; heres meus, si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit, vel non collocaverit, dato decem aureos Sejo*, siccome li definisce Triboniano §. 36. *Inst. h. t.* Ma Giustiniano volle, che siffatti legati si sostenessero, come condizionali, *exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa*, com' ei dice nel *cit.* §. 36. (21).

§. XX.

(21) Ma il chiarissimo Binkers. *de legat. pœna nom. relict.* osserva, che Triboniano nell' addotta definizione confonde i legati condizionali, e quelli *pœna nomine*: per dritto antico non si proibivano giammai i legati condizionali, sì bene, i legati *pœna nomine*; ond' ei opina, che Triboniano ignorò quali fossero stati nell' antica Giurisprudenza i legati *pœna nomine*; e dottamente dimostra, che questi fossero stati quei, che lasciavansi per obbligare l'erede *ad probrosum aliquod faciendum*, adducendo a suo prò il testo di Africano nella *l. 1. D. de his, quæ pœna caussa relinq.* Sarebbe assai commendabile la congettura di questo chiarissimo Giureconsulto, se non gli ostasse Ulp. *Fragm. XXIV.* 17., ove leggesi la definizione de legati *pœna nomine* colle stesse parole di Triboniano. Si potran leggere Donello *ad L. un. C. de his, quæ pœna nom.* Gudlingio *Diss. de Principe herede cap. 6. §. 32.*, per vedere, come su questo assunto avessero pensato essi eruditissimi Interpetri.

§. XX.

Ci rest' a dire quel, che debba osservarsi, se la cosa legata perisca, o pata detrimento, o pure abbia incremento prima della tradizione. Siccome il genere, o la quantità non s' intendono mai perire, o soffrire alterazione, *l.* 30. §. 5. *D. ad l. Falcid.* *l.* 11. *C. si cert. pet.* così per l' opposto la spezie legata perisce al legatario, il quale dalla morte del testatore se ne reputa padrone, purchè perisca *sine facto heredis*, al dir di Triboniano §. 16. *Inst. h. t. Factum heredis* s' intende il dolo, la mora, e la colpa, anche levissima, *l.* 47. §. 5. *& 6. de legat.* 1. Se si legassero due spezie, che sieno amendue principali, e ne perisse una, vivo il testatore, devesi l' altra; ma se una sia principale, e l' altra accessoria, quella estinta, questa non devesi, e perciò *si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur*, Trib. nel §. 17. *Inst. h. t.* (22) legata qual-

 che

(22) Per Dritto Romano l' accessorio siegue il principale, onde, questo estinto, deesi riputar estinto quello ancora, *l.* 2. *de pec. leg.*

che università, l'accrescimento, o diminuzione cede in vantaggio, o danno del legatario, e perciò legata la greggia, e rimasta superstire una sola pecora, questa pure devesi, §. 18. 19. 20. *Inst. h. t. l. 22. de leg.* 1. (23).

§. XXI.

E poiche de' legati lasciati *pure, dies statim cedit* (§. *XVI.*) ne siegue, che si dovessero una co' frutti, colle accessioni, e colle usure *a tempore mora l.* 39. §. 1. *D. de legat.* 1. *l.* 42. *D. de usur.* E si possono domandare. I. Colla revindicazione, se si lega la spezie propria del testatore, giacchè quest'azione nasce dal dominio, il quale subito dopo la morte del testatore si trasferisce al legatario. II. Coll'azione personale *ex*

(23) Ciò però si deve intendere, se si lega la proprietà, imperocchè legato l'usufrutto del gregge, e rimasta superstite una pecora, non deesi l'usufrutto di questa, siccome, legato l'usufrutto della casa, non si dee l'usufrutto dell'aja, dopo quella distrutta, *l. ult. D. quib. mod. usufr. amitt.* §. 3. *Inst. de usufr.* Imperocchè una sola pecora non costituisce la greggia (la quale vien costituita da dieci pecore, *l. ult. de abig.*), nè l'aja viene col nome di casa.

ex testamento, perche l'erede coll' adizione dell' eredità *quasi contrahit* co' legatarj, §. 5. *Inst. de oblig. qu a quasi ex contr.* III. Coll' azione ipotecaria, perche i beni ereditarj sono tacitamente obbligati a legatarj, e fedecommessarj *L.* 1. *C. comm. de legat.*

TIT.

TIT. XXI.

De ademptione & translatione legatorum.

§. I.

LA volontà dell' uomo è mutabile fino all'ultimo periodo di sua vita, *l.* 4. *D. de adimend. vel transferend. leg.* E perciò il testatore *potest adimere, vel tranferre legata, sive testamento, sivè codicillis. pr. Inst. h. t.*

§. II.

Si tolgono i legati in due maniere, o colle parole, o co' fatti. Colle parole, p. e. se espressamente il testatore disponga, di non voler legare quel, che avea à Tizio legato, *cit. pr. Inst.* co' fatti, se il testatore *quod scriptum est inducat*, al dir di Paolo nella *l.* 16. *h. t.* opure alieni senza necessità la cosa legata, *l.* 15. & *l.* 18. *D. eod.*, o si esigga il nome legato, §. 31. *Inst. de leg.* o se abbia corrotta, e distrutta la cosa legata, *l.* 65. §. 2. *D. de leg.* 1. o l'abbia ridotta

dotta in altra forma, in guisa che non possa ridursi alla spezie primiera, *l.* 88. §. 2. *D. leg.* 3., o in qualunque altra maniera abbia dato indizio di mutazione di volontà (1).

§. III.

Si trasferiscono i legati in quattro maniere. I. Mutato il legatario, p. e. *quel fondo, che avea legato a Tizio, ora lo lego a Mevio*. II. Mutata la persona, che si era caricata del legato, p. e. *il fondo, che avea legato a Sejo dalla persona del mio erede Tizio, ora voglio, che si presti dal mio erede Sempronio*. III. Mutata la stessa cosa legata, p. e., *a Tizio, in vece del fondo, che gli avea legato, ora lego mille*. IV. Mutato finalmente il modo di legare, p. e. *quel fondo, che avea*

(1) Quando siavi presunzione di cambiamento di volontà, non si dice togliersi il legato *ipso jure*, ma *ope exceptionis*, come se sieno surte capitali inimicizie fra il testatore, e 'l legatario, nè sia seguita riconciliazione, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *D. h. t. V. Vinn. h. t.* o se il testatore *postrema scriptura pessimum libertum esse adjecisset: ea, quae priori scriptura ei relicta fuerunt, adempta videri*, come rescrissero gl' Impp. Sev. ed Anton. al riferir di Marciano nella *l.* 13. *h. t.*

avea legato a Tizio puramente; ora lo lego sotto la condizione, purchè in quest' anno sia Console; nel qual caso, mancando la condizione, intendesi tolto il legato, *l. 6. h. t.*

§. IV.

Devesi però avvertire, che quando si muta la persona del legatario, col trasferirsi il legato in altra persona, allora questa traslazione non solo *tacitam ademptionem continet*, al dir di Gajo nella *l. 5. h. t.*; ma contiene ancora la costituzione di un nuovo legato, e perciò vi si richiedono cinque testimonj, altrimenti sarà il legato ben tolto al primo, ma non validamente trasferito al secondo; sicchè rimarrà presso l'erede.

§. V.

Si estinguono alle volte i legati, anche senza la volontà del testatore, ne' casi seguenti. I. Se il legatario premorto al testatore non abbia il collegatario, col quale sia stato congiunto (§. *XV. Tit. prec.*) *l. un. §. 2. C. de caduc. toll.*

II.

II. Se il legatario ſia morto prima, ch'eſiſta la condizione (*cit. Tit.*) *l.* 5. §. 2. *D. quan. dies leg. cedat.* III. Se la coſa aliena legata, prima della morte del teſtatore, ſia al legatario per cauſa lucrativa pervenuta (§. *XIV. cit. Tit.*) IV. Se la coſa legata ſiaſi eſtinta ſenza colpa dell'erede §. 16. *Inſt. de leg.* V. Se il teſtamento ſia nullo, rotto, o irrito, (*Tit. XVII.*) *l.* 7. *D. de injuſto, rupto, irr.* non già ſe ſiaſi reſciſſo (*Tit. XVIII.*) *novel.* 115. *cap.* 3. §. *ult. cap.* 4. §. *ult.* VI. Se non ſi verifichi la condizione al legato appoſta; *l.* 3. *l.* 27. *D. de cond. inſt.* Alle volte i legati *habentur pro non ſcriptis*: alle volte *ut indignis a Fiſco eripiuntur*. Di tali cauſe ſe ne tratterà nelle Pandette, *lib. XXXIV. Tit. VIII. & ſeq.*

TIT.

TIT XXII.

De lege Falcidia.

§. I.

In forza del dritto Xvirale avea il padre di famiglia l'illimitata facoltà di disporre, onde solea avvenire, che l'erede, vedendo l'eredità interamente gravata da' legati, la ripudiava, e quindi rendevansi i testamenti *destituti*, *pr. Inst. h. t.* Con varie leggi si cercò riparare a tal disordine, colle quali però non si colpì al segno. La più efficace fu la L. Falcidia, colla quale si determinò, che non possa il testatore caricar di legati l'eredità oltre le tre parti, ma lasciar libera la quarta all'erede, altrimenti sia lecito a costui scemar tanto da'legati, fino a che li rimanesse salva la quarta *pr. Inst. h. t. l. 1. pr. D. ad L. Falcid.* (1).

§. II.

(1) Primieramente fu promulgata la L. Furia *testamentaria* da C. Furio Tribuno della plebe (la quale non devesi confondere colla L. Furia Caninia, com'errò Guid. Pancirol. *Thes. var. lect. II. 178.*) prescrivente, che

§. II.

Se siano istituiti più eredi, *in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est*, al dir di Triboniano §. 1. *h. t.*, cioè ciascuno erede per la sua parte detrae da' legati la quarta, *l.* 77. *D. eod.* E se siano due istirniti, una porzione de' quali sia esausta da' legati, l'altra non esausta, mancando uno de' coeredi, ed accrescendo la porzione all'altro, puole costui detrarre la quarta, se

che non sia lecito legare, o donare *caussa mortis ultra mille asses*, fuorchè a' cognati, ed a certe persone, com' erano, p. e., i cognati del manomissore. *Ulp. Fragm. XXVIII.* 7. Ma poichè cominciarono i testatori a eludedere siffatta legge con accrescere il numero de' legati, per far rimanere o poco, o niente dell' eredità all' erede, fu poi promulgata la L. Voconia da Q. Voconio *Saxa* Trib. della plebe nell' A. della C. IↃXCIV., essendo Consoli Cepione, e Filippo, colla quale non solo fu vietato d' istituirsi erede la femina, *nisi in certa parte bonorum*, ma fu altresì stabilito *ne quis census plus ulli legaret, quam ad heredem heredesve perveniret*, *Cic. in Verr. Act. I.* 43. E poichè, ciò non ostante, avveniva l' istesso disordine, onde questa legge nemmeno *sufficiens ad rei consumationem videbatur*, al dir di Triboniano *pr. Inst. h. t.*, si promulgò la L. Falcidia, ne' tempi di Augusto, essendo Cons. Gn. Domizio, M. F. Calvino, e C. Asillio Pollione nell' A. della C. IↃCCXIV. Più capi contenne questa L., e potran leggersene le parole presso Finecc. *Ant. h. t.*

se la porzione gravata accrescerà alla non gravata, ma non puole detrarla, se la non gravata accrescerà alla gravata, *l.* 78. *D. h. t.* dove dice il Giureconsulto Gajo *ita placuisse*, la qual parola dinota antecedente disputa. Ed in vero dissentirono Proculo, e Cassio, *l.* 1. §. 14. *eod.* dove V. Cujacio *obs. IV.* 35. *e. VX.* 14.

§. III.

Per computarsi la quarta debbonsi osservare le seguenti regole. I. Nell'indagar la quantità del patrimonio, devesi aver riguardo al tempo della morte, §. 2. *Inst. h. t.*, e perciò il susseguente accrescimento, o diminuzione dell' eredità non giova, nè nuoce a' legatarj, *l.* 74. *pr. D. eod.* II. Nel calcolar la quarta, debbonsi dedurre i debiti, (2) imperocchè, al dir di Paolo nella

(2) Fra' debiti deesi computare eziandio quel, che il defonto dovea all'erede, e perciò devesi dedurre, *l.* 6. *pr. C. h. t.* Imperocchè, sebbene coll'adizione si confondano le obbligazioni, e perciò si estingua il debito del defonto rispetto all'erede, *l.* 75. *D. de solut.*, nondimeno nel tempo della morte, allorchè si ha ragione del valore del patrimonio, esiste ancora il debito, per non essere seguita la confusione delle obbligazioni, la quale si verifica dopo l'adizione.

nella *l.* 39. §. 1. *de V. S.*, *bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno superſunt*; debbonſi dedurre ancora i prezzi de' ſervi manomeſſi, le ſpeſe del funerale, e le ſpeſe erogate per l'adizione dell'eredità, §. 3. *Inſt. h. t. l.* 1. §. *ult. l.* 33. *D. eod. l. ult.* §. 9. *C. de Jure deliber.* III. Non ſi deve imputare in queſta quarta, ſe non quel, che con titolo d'iſtituzione all'erede pervenne, *l.* 74. *l.* 75. *D. h. t.* Con queſte regole, quante volte colla ſodisfazione de' legati non rimanga all'erede la quarta, deeſi detrarre da quel, che ſi è legato a ciaſcuno, *pro rata*: p. e. ſe il teſtatore aveſſe legato 400. nè vi foſſe rimaſto altro nell'eredità, dovrebbeſi da ciaſcun legato defalcare la quarta, cioè a chi ſi foſſero legati 100. ſi dovrebbero togliere 25. a chi 40, 10, e così per gli altri legati.

§. IV.

Si detrae la quarta falcidia non ſolo da' legati, ma eziandio da fedecommeſſi particolari, *l.* 3. & 13. *D. ad l. Falcid.* lo che s'induſſe dall'interpetrazione, altrimenti ſarebbe ſta-

to molto facile di eludere la legge Falcid. per mezzo de' fedecommessi. l' Imperator Pio ancora stabilì, che ne' fedecommessi *ab intestato* avesse luogo la medesima legge, *l.* 18. *pr. D. eod.* ed in forza della Costituzione di Severo, eziandio nelle donazioni *caussa mortis* (3), *l.* 5. *C. eod.* e nelle donazioni fra Conjugi, quando *fideicommissi partibus funguntur*, cioè quando vengono confermate colla morte, *l.* 12. *C. eod.* Si avverta però, che il solo erede puole detrarre la quarta, e giusta le parole della legge, il solo erede testamentario, ma per interpetrazione dell' Imperator Pio, eziandio il legittimo, *l.* 18. *pr. D. eod.*

§. V.

In molti casi cessa la L. Falcidia. I. nella dote *relegata*, *l.* 81. §. 1. *D. h. t.* II. nel testamento del soldato, *l.* 17. *D.* & *l.* 7. *eod.* III. Se l'erede, morto il testatore, abbia promesso di prestare interamente i legati, *l.* 46. *l.* 73. *D.* *l. ult.*

(3) Osserva però Cujac. *Obs. III.* 17., che ciò non debb' aver luogo nelle donazioni *causa mortis* fatte *ab intestato*, perchè queste non si rassomigliano a' legati.

l. ult. C. eod. IV. Se abbiali prestati scientemente, o per ignoranza di dritto, *l. 9. C. eod.* V. Se il testatore vivente abbia data all' erede la quarta, o l' equivalente, *l. 56. §. ult. D. eod.* VI. Se l' erede non abbia fatto l' inventario, *L. ult. §. pen. C. de Jure delib.* VII. ne' legati *ad pias caussas*, *nov.* 131. *c.* 12. VIII. Se il testatore abbia espressamente vietata la detrazione della quarta *Nov.* 1. *cap.* 2., col quale stabilimento Giustiniano venne a distruggere la forza della legge, giacchè prima l' erede non era tenuto obedire a siffatta volontà, ancorchè espressa. *V. Vinc. Grav. de Leg. & S. C. Rom. LXXVV.*

TIT. XXIII.

De fideicommissariis hereditatibus.

§. I.

FInora si è parlato dell'eredità, e de' legati, ove si richiedono le parole dirette, e imperative: sieguono i *fedecommessi*, i quali si esprimono con parole *oblique*, o sieno *precative*. Sono essi, o *universali*, o *singolari*: di questi ragioneremo nel seguente titolo: di quelli tratteremo nel titolo presente. I fedecommessi universali sono, *quando l'eredità, o parte dell'eredità, si lascia con parole precative, e con titolo universale*, §. 2. *Inst. h. t.*

§. II.

E' chiaro dunque, che per costituirsi un fedecommesso evvi bisogno di tre persone: del *fedecommettente*: dell'erede *fiduciario*, il quale vien pregato a prestare, o fare qualche cosa: e dell'erede *fedecommessario*, cui l'eredità, o la cosa par-

particolare devesi restituire. La restituzione si puole ingiungere, o espressamente, p. e. *Titius heres esto, eundem vero rogo, ut hereditatem Sempronio restituat:* o tacitamente, p. e. *rogo heredem, ne hereditatem alienet, sed relinquat familiae, l.* 69. §. 3. *D. de legat.* 2. o pure, *rogo heredem, ut testamento suo Sejum heredem faciat, l.* 17. *pr. D. ad S. C. Trebell.*, o pure, *rogo, ne testamentum faciat, donec liberos susceperit, l.* 74. *pr. D. eod.* Quindi i fedecommessi si distinguono in *espressi*, e *taciti*.

§. III.

Si possono lasciare i fedecommessi eziandio *ab intestato, quum alioqui legata nisi ex testamento non valeant*, dice Triboniano nel §. 10. *h. t.* dimentico della costituzione di Giustiniano nella *l.* 2. *C. comm. de legat.* dove, eguagliati tra loro i legati, e fedecommessi, permise di lasciarsi i legati ne' codicilli *ab intestato*, che prima i Giureconsulti *benigna interpretatione* difendevano, come fedecommessi, *arg. l.* 76. *D. ad S. C. Trebell.* Puole il testatore commettere la restituzione

 dell'

dell' eredità alla fede dell' erede *ab intestato* ne' codicilli, o a voce, §. 12. *Inst. h. t. l.* 22. *C. de fideicommiss.* Quando però senza testamento si lasciano i fedecommessi, si richiedono cinque testimonj, *l. ult.* §. *ult. C. de Codicill.* Ma se il defonto colla viva voce fedecommise all' erede, volle Giustiniano, che si possa all' erede fiduciario deferire il giuramento, dopo d' aver l' erede fedecommessario giurato *de calumnia* (1), e se il fiduciario ricusa giurare, dev' essere costretto a prestare il fedecommesso (2), egualmente; che, confessando il fedecommesso, dicesse non doverlo, perchè lasciato meno solennemente, *cit.* §. *ult. Inst. l. ult. C. de fidecommiss.* Puole il testatore fedecommettere non solamente *purè*, ma *sub conditione* eziandio; anzi *ex certo die*, §. 2. *Inst. h. t.* poichè il testatore non verrebbe a morire parte testato, e parte intestato, come nella istituzione diretta.

§. IV.

(1) Il fiduciario, cui si è deferito il giuramento, non puole riferirlo, *quum iniquum sit de alieno facto alium jurare*, al dir di Ulpiano nella *l.* 11. *de act. rer. amot.*

(2) *Manifesta turpitudinis, & confessionis est, nolle jurare*, disse Paolo nella *l.* 38. *D. de jurejur.*

§. IV.

Possono fedecommettere tutti que', che possono testare, *l.* 2. *D. de leg.* 1. E si possono incaricare i fedecommessi a tutti que', à quali pervenne l'eredità, o parte di essa, *l.* 1. §. 7. *D. ad S. C. Trebell. l.* 9. *C. de fideicomm.* anzi, al dir di Triboniano §. 11. *h. t.* il testatore, *eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii aut totam, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.* Quindi sursero i perpetui fedecommessi, quando il testatore a favor della famiglia avesse voluto soggettare perpetuamente i beni a fedecommesso. Siffatti perpetui fedecommessi furono rari presso gli antichi; Modestino volle, che 'l fedecommesso lasciato alla famiglia si sostenesse perpetuamente, quante volte il testatore avesse espressamente dichiarato di estendersi a tutt'i posteri della famiglia, *l.* 32. §. 6. *D. de leg.* 2. Ma Giustiniano nella *Nov.* 169. (3)

 sibi-

(3) Che debba dirsi della restrittiva interpetrazione, che Cujacio, ed altri Interpteti danno a questa costituzione di Giustiniano, vedi Ubero *pral. ad Inst. h. t.* Oggi i fedecommessi perpetui sono resi frequentissimi, ma non

ſtabilì, che la proibizione dell' alienazione in infinito a favor della famiglia, non doveſs' eſtenderſi oltre il quarto grado.

§. V.

E poichè i fedecommeſſi ſi laſciano con parole *precative*, ne inferivano gli antichi, che l'erede fiduciario *nullo vinculo juris*, *ſed tantum pudore*, era tenuto a preſtare il fedecommeſſo, §. 1. *Inſt. h. t. Ulp. Fragm. Tit. XXV.* §. 1. Auguſto fu il primo, che reſe i fedecommeſſi obbligatorj, e ne diè l'incarico ſpeciale a' Conſoli. Di poi Claudio creò due Pretori per l'iſteſſo effetto, che furono detti *fideicommiſſarji*, ſebbene Tito ne tolſe uno, §. 1. *Inſt. h. t. l.* 2. §. 31. *de O. J. Suet. Claud. cap.* 23. (4). Ma perchè l'erede fiduciario *ſtricto jure* rimaneva erede, eziandio dopo reſtituita l'eredità, e perciò era tenuto pagare tutt' i debiti, onde ſolea avvenire quello, che

non ſaprei, ſe ſia eſpediente per la civil ſocietà il ſoggettare a perpetui vincoli la maſſima parte de' beni.

(4) Alle volte gl' iſteſſi Imperatori s' ingerivano della cognizione de' fedecommeſſi, come Papiniano ci riferiſce dell' Imperator Commodo nella *l.* 26. *de probat.*

che dicemmo de' legati, cioè che gli eredi ricusavano volentieri quella eredità, che doveano poi senza lucro restituire, con rimanere obbligati a' creditori, *l.* 1. §. 3. *D. ad S. C. Trebell.* Perciò sotto Nerone (5), col Senatoconsulto Trebelliano fu stabilito, *ut si hereditas ex caussa fideicommissi restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili heredi, vel in heredem competerent, ei & in eum, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas, darentur* (6) §. 4. *Inst. h. t.* Ma poichè nemmeno in questa guisa tornava conto all' erede di adire l'eredità, avveniva l'istesso inconveniente, cioè che molti fedecommessi si estinguevano; quindi sotto Vespesiano, essendo Consoli Pegaso, e Pusione, fecesi il SC. Pegasiano prescrivente, *ut rogatus hereditatem restituere, perinde quartam retinere posset, ac ex legatis per legem Falcidiam*

(§. 5.

(5) Nell'anno della C. IↃCCCXIV. essendo Cons. L. Anneo Seneca, e Trebellione Massimo, *l.* 1. §. 1. *D. ad SC. Trebell.*

(6) Solamente le azioni *utili* si davano dal Pretore a prò, e contro il fedecommissario, ma le *dirette* rimanevano nell'erede fiduciario, il quale convenuto da' creditori avea l'eccezione del Senatoconsulto Trebelliano, *l.* 2. e 4. *D. h. t. l.* 1. §. 8. *D. quand. de pecul. act. annal. est.*

(§. 5. *h. t.*) *sed si scriptus heres recusabat, jussu pratoris adiret, & restitueret hereditatem* (7), §. 6. *Inst. eod.*

§. VI.

Or dunque quell'erede, il quale avea salva la quarta, soleva restituire l'eredità in forza del SC. Trebelliano, ed allora si davano le azioni ereditarie contro l'uno, e l'altro erede per rata della porzione a ciascun di essi pervenuta. Chi poi non teneva la quarta salva, restituiva l'eredità, detratta la quarta in forza del SC. Pegasiano, e coll'interporre le stipulazioni (8) si cautelavano per quella *quota* de' debiti, che dovean soddisfare, §. 6. *Instit. h. t.* Ma Giustiniano, tolto di mezzo il Pegasiano, diè tutta l'autorità al SC. Trebelliano, §. 7. *Inst. h. t.* o per meglio

(7) Ma come poteasi compellere l'erede ad adire l'eredità? Non costa da frammenti del dritto antico. Vinnio nel *cit.* §. 6. fa una congettura non dispregevole.

(8) Queste stipulazioni diceransi *partis, & pro parte*, Ulp. *Fragm. XXV.* 15. Quali poteano essere le formole, V. Cujacio *Obs. II.* 30. Furono dette *captiose* da taluni Giureconsulti, onde Giustiniano, tolte siffatte ambagi, trasfuse la forza del Pegasiano nel Trebelliano.

glio dire, delli due SC. ne formò un solo, ritenuto il nome del Trebelliano.

§. VII.

Da ciò siegue, che l'erede fiduciario (9) a quante volte non abbia salva la quarta, che anticamente dicevasi *Pegasiana*, oggi *Trebelliana*, sempre puol ritenerla, o ripeterla, se l'abbia pagata per error di fatto, §. 7. *Inst. h. t.* si devono però imputare in questa quarta tutte le cose

(9) Non puole però il fedecommessario detrarre la quarta, se venisse gravato di nuovamente restituire l'eredità, *l.* 22. §. *ult.* *l.* 55. §. 2. *ad SC. Trebell.* E rispetto all'erede fiduciario, ancorchè venisse istituito *pro parte*, puole detrarre la quarta della parte che deve restituire, §. 8. *Inst. h. t.*, giusta l'assioma del dritto, *qua totius, eadem esse debet ratio partis*, *l.* 76. *de rei vind.* Ma per l'opposto, se l'erede fiduciario sia stato istituito in certa cosa, e poi *rogato* a restituire il dippiù; siccome in tal caso l'erede fiduciario assi qual legatario *parziario* (Ulp. *Fragm.* XXIV. 25.), perciò, restituita l'eredità, si riterrà la sola cosa certa senza verun peso, ancorchè questa contenga massima parte dell'eredità, o fosse meno della quarta; e 'l fedecommessario, in virtù del Trebelliano, soggiacerà a tutt'i pesi, onde gli avverte Giustiniano nel §. 9. *h. t.* a ben deliberare, *an expediat sibi restitui*, e Vinnio *ibid.* dà la maggior cautela, cioè, che 'l fedecommessario si avvalga del nuovo benefizio dell' Inventario.

cose pervenuteli dal defonto con qualsivoglia titolo (10), e eziandio i frutti percepiti da' beni prima della restituzione, *l.* 22. §. 2. *l.* 18. §. 1. *D. ad SC. Trebell.* ciò però s'intende, se la restituzione sia *in diem*, *& sub conditione*, *nam ex judicio testantis percepti videntur*, al dir di Ulpiano nella *cit. l.* 22. §. 2. altrimenti non s'imputano, perchè i frutti sembrano percepiti *ex negligentia fideicommissarii non petentis fideicommissum*, *V. Voet nel cit. Tit.* Nè in questo caso l'erede fiduciario si puol dire in mala fede, o moroso, senza l'interpellazione; onde deve i frutti *a die petitionis*, ed all'incontro la trascuraggine del fedecommissario deve nuocere a lui medesimo, *l.* 173. §. 2. *de R. J. V. Ant. Perez in Tit. C. de usur. & fruct. legat.* Si eccettuano i figli, i quali gravati del fedecommesso non imputano nella quarta i frutti percepiti, ma la detraggono per intiera, lo che fu indotto *favore liberorum* dalla Costituzione di Zenone nella *l.* 6. *pr. C. eod.* Che se i frutti percepiti, che si de-

(10) Ed in ciò si distingue la quarta Trebellianica dalla Falcidia, come si puol vedere nel titolo precedente §. III.

devono imputare nella quarta, eccedono la quarta medesima, non si devono perciò colle robe ereditarie restituire, purchè l'erede fiduciario non sia in mora, o abbia il testatore diversamente disposto, *cit. l.* 18. *V. Voet. ibid.* Ma i frutti percepiti prima di adire l'eredità *augent hereditatem*, e perciò sono soggetti alla restituzione, *l.* 27. §. 1. *D. eod.*

§. VIII.

E poichè la quarta Trebelliana fu inventata ad esempio della quarta Falcidia, §. 6. *Inst. h. t.*, cessa pressochè ne' medesimi casi, ne' quali cessa la Falcidia; come nel testamento del soldato, *l.* 7. *C. ad L. Falcid.* se il testatore avesse espressamente proibito di detrarla, *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2. se l'erede per ignoranza di dritto abbia restituito l'intera eredità *l.* 9. *C. ad L. Falcid.* se abbia trascurato di fare l'inventario: se abbia già salva la quarta *judicio testatoris*, §. 9. *Inst. h. t.* Alle quali si aggiunga una causa propria de fedecommessi, cioè, se l'erede fiduciario abbia adita l'eredità costretto, poichè in questo

caso

caso non sente, nè danno, nè comodo, §. 7. *Inst. h. t.*

§. IX.

Si estingue il fedecommesso colla rivocazione del fedecommettente, *l. 29. C. de fideicomm.* come pure mancando la condizione, o morto il fedecommissario prima dell' evento della condizione, *l. 3. §. 1. & 2. D. de adimend. leg.* E' quindi avviene, che gravato il figlio a restituir l' eredità dopo la morte, cessi il fedecommesso; se poi muoja co' figli, quasi che mancasse la condizione *si sine liberis decesserit*, che si dee sottintendere, giusta la mente del testatore, il quale non si presume d' aver voluto gravare il figlio, se avesse pensato alla sopravvenienza de' nipoti *l. 120. D. de condit. & demon. l. 6. C. de inst. & subst.* Per lo dippiù su questo assunto leggasi il lodato *Voet. loc. cit.*

§. X.

In fine di questo Tit. bisogna far menzione

ne di una celebre quistione agitata spesso nel Foro; se il figlio gravato col fedecommesso universale possa dedurre dalla paterna eredità due quarte, cioè la legittima, e la Trebellianica. Molti antichi Glossatori difesero a prò del figlio la deduzione di due quarte. Per l'opposto Cujacio *observ. lib.* 8. *cap.* 3. *Otom. illustrium quest.* 43. sostengono, che per dritto Civile una sola quarta possa dedursi. *Gio. Voet. ad SC. Trebell. n.* 52. anche sostiene co' principj del Dritto, che il figlio possa dedurre la sola Legittima, la quale per dritto nuovo sarebbe il triente, o il semisse della porzione dovuta *ab intestato*. Ma avendo Innoc. III. seguita la sentenza degli antichi Glossatori, nel *cap.* 16. *ex. de Testam.*, fu questa opinione ricevuta nel Foro.

TIT.

TIT. XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

§. I.

DOpo d'aver trattato de' fedecommessi *universali*, ci resta a far parola delli *singolari*, co' quali *res singula titulo singulari, verbis precativis, relinquuntur, pr. Inst. h. t.*; sicchè oggidì eziandio si differenziano i legati, e fedecommessi circa le formole delle parole, sebbene in quanto all' effetto siano eguagliati (*Tit. XX.* §. 2.) Dunque dobbiano noi rimetterci a quanto fu detto nel titolo *de legat.*

§. II.

Rimasero però alcune differenze. I. La libertà legata compete immediatamente al servo, e perciò questo non deve all' erede i dritti del padronato. Ma per l' opposto, se la libertà siasi lasciata per fedecommesso, si devono all' erede i dritti del padronato, §. 2. *Inst. h. t.* (*V. il Lib.* 1. *Tit.*

1. *Tit. V.* §. 4.) II. I legati non possonsi lasciare, se non se in presenza di cinque testimonj (*cit. Tit. XX.*); i fedecommessi si devono, ancorche lasciati senza l'intervento di cinque testimonj, purchè potessero altrimenti provarsi, eziandio con deferire il giuramento (*Tit. praced.* §. 3.) (1).

[1] Dice Triboniano *pr. Inst. h. t.* che il fedecommesso singolare si può lasciare, o dall' istesso erede, o dal fedecommessario, o dal legatario, *quamvis a legatario legari non possit*. Ma ciò si oppone allo stabilimento di Giustiniano, con cui furono eguagliati i legati, e fedecommessi. Bisogna dire, che allora quando Triboniano copiò queste parole da qualche antico Giureconsulto, e forsi da Cajo, *Inst. lib. 2. Tit. 7.* §. 3., gli sfaggì dalla mente la costituzione di Giustiniano prescrivente l' eguaglianza de' legati, e fedecommessi.

TIT. XXV.

De Codicillis.

§. I.

CUjacio elegantemente definifce i codicilli (1), *testati, intestativè hominis voluntas minus folemnis*, *Parat. ff. & C. h. t.* La di loro origine fi legge preffo Triboniano *pr. Inft. h. t.* (2) fono, o *fcri-*

(1) *Codicillo* fi dice in numero fingolàre nella *l. 19. de Jure Cod.* e nella *l. 38. de cond. & dem.* febbene per lo più un tal vocabolo viene proferito nel numero plurale, come ci avverte Cajo nella *l. 148. de V. S.* Preffo Seneca *Ep. IV. Codicilli* fi dicono quelle brevi epiftole, che foglionfi mandare a' prefenti. Vengono detti *Epiftolæ* nella *l. 75.* nella *l. 77. §. 6.* e nella *l. 89. pr. de leg. 2.*, e *Epiftola fideicommiffaria* nella *l. 7. Cod. qui teftam. fac. poff.*

(2) Lucio Lentulo, e propriamente quello, che fu Confole di unita con M. Valerio Meffala nell' A. della C. 751., come abbiamo da un marmo preffo Reinef. *Infcr. Claff. X. 3. p. 597.* (onde malamente diffe Vinnio, *quis ille Lentulus fuerit non conftat, & parum refert*) dovendo partir per l' Africa fcriffe i Codicilli *teftamento confirmatos*, co' quali da Augufto, e dalla fua figlia, ch' erano ftati fcritti coeredi, *petiit per fideicommiffum*, acciò quello *aliquid faceret*, quefta *folveret legata*, cioè i fedecommeffi. Augufto col configlio de' Prudenti,

ſcripti, o *nuncupativi*, *l.* 13. *C. de SS. Eccl. l. ult.* §. *ult. C. h. t.* e parimenti *vel teſtato*, *vel ab inteſtato facti* (3), §. 1. *Inſt. h. t.* La diſtinzione di queſti conſiſte, che i Codicilli fatti *ab inteſtato*, *vicem exhibent teſtamenti*, al dir di Paolo nella *l.* 16. *D. h. t.* e perciò ſuſſiſtono da ſe ſteſſi; i Codicilli poi *facto teſtamento*, *jus ſequuntur ejus*, al dir dello ſteſſo Paolo nella *cit. l.*, e perciò non altrimenti ſuſſiſtono, che ſe ſuſſiſte il teſtamento (4).

denti, principalmente di Trebazio Teſta, approvò la diſpoſizione di Lentulo, e così permiſe anche agli altri di fare i Codicilli. La ragione addotta da Trebazio ſi fu, *propter longas peregrinationes*, *ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet* (riuſcendo difficile il chiamare ſette teſtimonj Cittadini Romani) *tamen Codicillos poſſet*. Ed avendo di poi Labeone fatto i Codicilli, *jam nemini dubium erat*, *quin Codicilli jure optimo admitterentur*. Così Triboniano *l. c.*

(3) La diſtinzioue fra codilli *confermati* col teſtamento, e non *confermati* oggi non è di veruno uſo, dapoichè Giuſtiniano nella *l.* 2. *C. comm. de leg.* confuſe la natura de' legati, e fedecommeſſi.

(4) Poco importa, ſe ſi facciano prima, o dopo il teſtamento. Ma ſe ſi trovaſſero fatti prima del teſtamento, dicea Papiniano, che non valeſſero altrimenti, *quam ſi ſpeciali voluntate poſtea confirmentur*, come ce ne atteſta Triboniano §. 1. *h. t.* Queſte parole però non hanno rapporto all' antica diviſione de' Codicilli *in confirmati*,

e *non*

§. II.

Si è detto essere *volontà meno solenne*. Quindi molte cose possono in essi omettersi, così per rispetto alle solennità interne, che in riguardo all'

e *non confirmati*, siccome pruova il luogo di Papiniano nella *l.* 5. *h. t.*, ov' ebbe mira Triboniano. Si tratta da Triboniano nel *cit.* §. 1., se il testatore, col fare il testamento dopo i Codicilli, abbia *mutata*, *o ritenuta la volontà*; la qual quistione ha luogo eziandio dopo tolta sì fatta distinzione. Forsi la ragione di Papiniano fu, ch' essendosi fatti i Codicilli senza il testamento, e posteriormente essendosi fatto il testamento senza la menzione de' Codicilli, par che il testatore non abbia voluto tener conto di questi. Ma soggiunge Triboniano, che Severo, ed Antonino rescrissero, potersi domandare il fedecommesso in forza di que' Codicilli, *si appareat eum, qui testamentum facit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse*. Se queste sieno parole del rescritto, o pure di Triboniano, ch' è l'unico testimonio, che noi abbiamo di sì fatto rescritto, non è certo. E' difficile però l'intendersi, perchè Triboniano proponga il responso di Papiniano, e 'l rescritto degl' Imperatori, come ripugnanti, con quelle parole, *sed Divi Severius*, & *Antoninus rescripserunt &c.*, quando in realtà tali non sono. Che che ne dicano taluni Interpetri coll' intendere la particella *sed*, non in senso di opposizione, ma come se fossesi detto *sed &*, giusta l' osservazione di Cujacio da più luoghi delle Pandette; è fuor di dubio, che Triboniano prima, coll' esporre la sentenza di Papiniano, scrisse far di bisogno, che i Codicilli *speciali voluntate postea confirmentur*: indi soggiunse, che in virtù del rescritto

all' esterne. I. Sebbene possa far Codicilli chiunque può far testamenti, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 2. *D. h. t.*, però ne' Codicilli non si può direttamente istituir l'erede, eseredare, sostituire, §. 2. *Inst. pr. l.* 10. *D. l.* 2. *C. h. t.* nè in qualunque modo togliersi l'eredità, e perciò nemmeno ne' Codicilli si può aggiungere la condizione all'erede istituito *pure*, *cit.* §. 2. poichè, al dir di Mo-

 desti-

ro degl' Imperatori basti, *si appareat a voluntate non recessisse*. Egli col responso di Papiniano richiese l'espressa conferma, talmente, che escluse la non espressa: col rescritto degl' Imperatori ammise eziandio la non espressa conferma. Può darsi contraddizione maggiore, che fra l' espresso, e 'l non espresso? E pure Papiniano nella *cit. l.* 5. scrisse, *ante tabulas testamenti Codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, AUT VOLUNTAS EORUM QUOCUMQUE INDICIO RETINEATUR*. Sicchè colle ultime parole Papiniano ammise anche la tacita conferma. Assentirei a talun' Interpetri, che quelle parole *aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur*, s' intrusero da Triboniano nel Testo. M' indurrei a tal' opinione, perchè quell' *eorum* si riferisce a' Codicilli, come se si dicesse *voluntas codicillorum*, la quale frase è insolita, ed impropria ne' libri de' Romani Giureconsulti, onde dovemo farne Autore Triboniano. Del rimanente, la sentenza ricevuta nel foro si è quella, che i Codicill, se non si provi la espressa rivoca col testamento posteriormente fatto, s' intendono tacitamente confermati, come ce fan testimonianza Bart. nella *l.* 5. *h. t.* Mantic. *Lib.* 1. *de conject. ult. volunt. tit.* 8. Minsing. Wesemb., ed altri.

destino nella *l.* 27. §. *ult. de cond. Inst.*, *porro in defectu conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur*. Si puole però ne' Codicilli fedecommettere, legare, donare *mortis caussa &c. cit.* §. 2. *& cit. l.* 2. II. Si possono fare più codicilli §. 3. *Inst. h. t.*, anche diversi, e di diverse cose, *l.* 6. §. 1. *D. h. t.*, nè per li posteriori si viene a derogare agli anteriori, purchè non sieno contrarj, *l.* 3. *C. eod.* III. *Nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, al dir di Triboniano nel *cit.* §. 3., cioè, che basta l'unità dell'atto, *l. ult. C. h. t.*, e la presenza di cinque testimonj, eziandio non *rogati l.* 20. §. 6. *D. qui test. fac. poss.* (5).

§. III.

(5) Vinnio nel *cit.* §. 3., che fu poi difeso dal chiariss. Reinold. *in Var. c.* 5., sostenne che le donne non potessero far testimonianza ne' Codicilli. Eineccio nelle note all'istesso Vinnio dottamente dimostrò l'opposto, poichè i Codicilli non sono, che *Epistole*, dove furono richiest' i testimonj, *non solemnitatis, sed probationis caussa*, a differenza de' testamenti, nella formazione de' quali, in forza dell'antico dritto, non poteano affatto intervenire le donne, per le ragioni da noi altrove esposte.

§. III.

Soglionsi unire i Codicilli al testamento solenne, quando a questo s'inserisce la claosola codicillare: *si testamentum non valebit, tanquam testamentum, volo, ut valeat jure codicillorum*, *l.* 41. §. 3. *D. de vulg. & pupill. subst. l.* 3. *D. de testam. mil.* Ed allora, se il testamento fosse invalido per le solennità esterne, si sostiene in forza di fedecommesso, *l.* 29. §. 1. *D. qui test. fac. poss.* Ma questa claosola non supplice. I. il difetto delle solennità interne, p. e. la preterizione de' figli. II. Nemmeno supplisce il difetto della volontà del testatore. III. Nè finalmente il difetto dell'adizione, *l.* 29. *D. eod. l.* 3. *de vulg. & pup.* Ma nel Foro però se le dà una forza maggiore. V. Voet. nel Comm. delle Pandette *h. t.* Anzi vogliono i Dottori, che anhe non apposta dovesse sottintendersi, contro quello, che insegnò Papiniano nella *l. coheredi* 41. §. 3. *D. de vulg. & pupill.*

PARALLELO DI TUTT'I PRECEDENTI TITOLI CONCERNENTI LA MATERIA TESTAMENTARIA COL DRITTO DI NATURA, E DELLE GENTI.

§. I.

Essendo il testamento, giusta l'idea de' Romani Giurec., *una solenne dichiarazione della nostra volontà di ciocchè vogliamo, che si faccia dopo la nostra morte*, *l.* 1. *D. de testam. ordin.*, e non passando all'erede, vivente il testatore, cos' alcuna, anzi neppure la speranza sì certa, che non possa fallire, potendo ognuno, fino all' ultimo respiro, cambiar sentimento, e disporre, come meglio gli aggrada; (1) è certo, che si fatto concetto di testamento non puole accordarsi co' principj del dritto di natura. Ed eccone le pruove.

§. II.

(1) Son troppo note le massime del dritto Romano da noi ne' precedenti titoli esposte: *che la volontà dell' uomo è ambulatoria fino alla morte: che debba valer soltanto l' ultimo testamento, che vien confermato dalla morte, &c. &c.*

§. II.

Il dominio della roba del testatore, o deve passare nell'erede prima della di lui morte, o dopo. Niuna puole stare di queste due proposizioni. Imperocchè, quando il testatore è vivente, potendo disporre del suo, come meglio gli piace, dee necessariamente averne il dominio, nè può dirsi, che una istessa cosa nel tempo medesimo potess'essere in dominio, e del testatore, e dell' erede, ripugnando ciò alla ragion naturale, ed alle regole del dritto civile (2). Anche perchè niuno intende in questa maniera disfarsi delle sue proprietà vivendo. Quando poi il testatore è trapassato, resta privo di ogni dominio, (3) e per

(2) A tal proposito disse elegantemente il Giureconsulto Paolo nella *l.* 3. §. 5. D. *de adqu. vel amitt. possess. plures eandem rem in solidum possidere non posse, & contra naturam esse, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris: non magis eandem possessionem apud duos esse, quam ut stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*

(3) Il jus di acquistare la proprietà di qualche cosa nasce certamente dall'innato dritto di servirci di tuttociò, ch'è alla vita necessario. Onde quando abbiam deposta questa terrena salma, non avendo più bisogno di servirci di cos' alcuna, debbono necessariamente finire i do-

per conſeguenza, non puole ad altri trasferirlo: ed ancorche poteſſe, non è più nello ſtato di volerlo.

Id cinerem, & manes credis curare ſepultos
Virg. Aeneid. IV. v. 62. (4).

§. III.

In oltre, abbiam detto di ſopra, che i teſtamenti, ſecondo la forma data loro dal dritto Romano, ſono altrettante leggi. Perchè mai queſte leggi de' defunti debbano con tanta religioſità oſſervarſi da' viventi, la natura non ce ne ſomminiſtra ragione. Poichè eſſendo quelli caduti dal dominio delle coſe di quaggiù, ed eſſendo uſciti dal

; dominj delle coſe terrene, che ſervono ſoltanto alla vita corporea.

(4) Tanto è ciò vero, che i Romani Giureconſulti fecondi nel fingere, fecero delle volate di fantaſia, per dar ſuſſiſtenza coloratamente a queſti contradittorj. Finſero eſſi, che in un' iſteſſo momento s' intendeſſe accadere la morte, e la fazione del teſtamento. Che nell' iſteſſo momento ancora s' intendeſſe accadere la morte, e l' adizione dell' eredità, *l. 1. C. de ſacroſ. Eccl. l. 54. D. de adqu. vel omitt. hered. l. 193. D. de R. J.* Che l' eredità giacente rappreſentaſſe la perſona del defunto, *§. 2. Inſt. de hered. inſt. l. 34. D. de A. R. D.* &c. &c. V. il chiariſſimo Alteſerra *Tract. IV. de Fict. Jur. c. 11.*

dal conſorzio de'viventi, non hanno dritto alcuno di eſiggerlo; nè fra eſſi, e noi evvi qualche communicazione di uffizj. All'incontro ſi vede ſpeſſo, che il non oſſervarſi sì fatte di loro diſpoſizioni, ſia più eſpediente pel bene della ſocietà, e degl' individui della medeſima (5), allorchè derivano più toſto dall'odio, che dall' amore: dal capriccio, che da un ſano giudizio: da' coſtumi corrotti, che dalla virtù. (6)

§. IV.

(5) Così abbiamo da Dione Caſſio Lib. XLIV., che il Senato dichiarò irrito il teſtamento di Tiberio, ed Auguſto volle, che non ſi teneſſe conto alcuno del teſtamento di Virgilio, dicendo,

At legum ſervanda fides, ſuprema voluntas,
Quod mandat, fieri jubet parere neceſſe eſt.
Frangatur potius legum veneranda poteſtas,
Quam tot congeſtos noctesque dieſque labores
Hauſerit una dies.

(6 La illimitata facoltà di teſtare dal Dritto Decemvirale a' Romani conceſſa paſsò talmente in abuſo, che queſti arrivarono all'ecceſſo di eſeredare i proprj figli, e privarli anche della minima parte de' di loro beni, Liv. *lib.* 1. *cap.* 34.., ſiccome ſi è veduto negli antecedenti titoli: *quod plerumque faciebant* (ſon parole di Gajo nella *l.* 4. *D. de inoff. teſtam.*) *maligne circa ſanguinem ſuum inferentes judicium, novercalibus delinimentis, inſtigationibuſque corrupti.*

§. IV.

Finalmente quelle tante formalità, ch'esigge il dritto Romano nella fazione de' testamenti: que' sette testimonj specialmente rogati: quell' unità del contesto, senza potervisi framischiare altro atto: quelle parole *dirette*, ed *imperative*, &c. &c., non si possono accordare colla semplicità del Jus Naturale, e conseguentemente il concetto del testamento de' Romani non si puol far derivare dal Dritto di Natura.

§. V.

Ciò posto, vediamo in quali termini il Dritto di Natura possa garantire le disposizioni testamentarie (7). E' chiaro, che avendo l'uomo il drit-

(7) Ug. Grozio vedendo, che il testamento de' Romani non è corrispondente a' principj della natura, nella sua opera *de J. B. & P. II. 6. §. ult.* inventò la seguente definizione: *est alienatio in mortis eventum ante eum revocabilis, retento interim jure utendi, & fruendi.* Ma questa definizione non è adequata. Imperocchè è falso, che per mezzo del testamento si faccia alienazione, rimanendo il testatore tuttavia padrone. Tanto meno è vero, che quest' alienazione facciasi *in eventum mortis*, perchè in

dritto innato di servirsi delle cose di questo mondo, e per conseguenza di acquistare la proprietà, avrà ancora la facoltà di disporre, ch'è uno degli effetti del dominio, in quella maniera, e con quelle leggi, che meglio gli aggrada, tanto *pure*, quanto *sub conditione*, tanto *in presens*, quanto *in futurum*. Quindi a noi è lecito di far patti intorno alle cose nostre, co' quali morendo, o ne diamo ad altri il dominio, e possesso, o soltanto il dritto di succedere; e perciò i testamenti per lege di natura sono, *patti successorj*, *me-*

in questa maniera l'erede verrebbe ad acquistare un dritto, di cui non potrebbe spogliarsi, quandochè la volontà dell'uomo *est ambulatoria usque ad mortem*. Finalmente non è vero, che il testatore risetbasi il *jus utendi*, & *fruendi*, perchè ritiene il vero dominio delle cose, e tutti gli effetti del medesimo sono presso di lui: nè trasferisce all'erede dritto alcuno, o speranza così certa di succedere, che non possa mancare, potendo accadere molte cose *inter os, & offam*. Vuol dunque, che l'erede acquisti un tale dritto dopo la morte, tempo in cui non puo più volere. Sicchè essendo falsa la definizione, necessariamente dev'esser tale la dimostrazione, che ne ripete. *V. Ziegl. ad Grot. II. 6. §. fin. Puffend. de J. N. & G. IV.* 10. 2.

Leibnizio conobbe questa verità, sebbene poi disse, che tutta la quistione sarebbe svanita, qualora la mente umana fossesi stabilita immortale, *quasi vero mens immortalis adhuc de bonis in terrarum orbe relictis sit sollicita*, al dir di Eineccio *Pralect. in Puffend. de off. hom. & Civ. lib. I. cap. 12. §. 12.*

mediante i quali quelli, che muojono, danno ad altri il dritto di succedere in caso di morte. Ma però conferiscono questo dritto, quando sono viventi, in forza de' patti suddetti, a condizione, che possano discioglierfene, sempreche loro aggrada.

§. VI.

Che tali patti successorj non sieno contrarj a' principj del Dritto Naturale, abbastanza si ravvisa da quant' abbbiam detto nell' antecedente §. Anzi trovano in esso tutto l' appoggio, precisamente quando hanno per oggetto l' obbligazione, o la beneficenza: quando derivano da un' animo ben formato, e virtuoso; e quando con tali patti si conferisce il dritto di succedere a persone, che ne sieno degne, e che similmente abbiano l' animo sulla virtù modellato (8).

§. VII.

(8) Così disposero de' di loro beni gli antichi uomini, cioè per mezzo di un patto successorio. Così Abramo, essendogli morta la moglie Sara, assegnò parte de' suoi beni a' figli procreati coll' altra moglie Cetura, lasciando il resto ad Isacco, *Gen. XXV. 5. 6.* E già prima

§. VII.

Essendosi detto, che i testamenti per dritto di natura sono patti successorj, (9) è chiaro, che co' medesimi si trasferisce tanto dritto, quanto vuole il padrone, e possono in essi ammettersi quelle leggi, e condizioni, che piacciono. Quindi è in arbitrio del testatore, se voglia dare al suo erede il possesso de' suoi beni, oppu-re

ma l'istesso Abramo, allorchè non avea figli, avea destinato i suoi beni ad Eleazare suo procuratore. *Gen. XV.* 3. E Ciro morendo diè il regno a Cambise presente di lui figlio primogenito, ed al secondogenito Tanaossato *tradidit satrapias Medorum, Armeniorum, & Cadusiorum*, al riferir di Senof. *Cyrop. VIII.* 7. 1., per tralasciare altri esempj.

(9) Nè osta, che le ll. Romane avessero riprovate i patti successorj, onde dall'Imp. nella *l. ult. C. de pact.* furono detti *pactiones odiosæ, & plenæ tristissimi, & periculosissimi eventus*, per la ragione, che *continent votum captandæ mortis*. Imperocchè volendo noi raggionare su tale dispposizione di legge, dovressimo dire, che malamente i Romani Legislatori permisero la donazione *caussa mortis*, per la quale dovrebbe militare la stessa ragione. Nè dall'essersi qualche volta veduto, che simili patti produssero de' tristi effetti, poteasene desumere una regola generale, onde dichiararli perpetuamente illeciti; poichè non evvi stabilimento umano, di cui non possano i malvaggi abusarsi. All'incontro quando simili disposizioni son regolate dalla virtù, come si è detto §. VI., non possono non produrre de' buoni effetti.

re il nudo dritto di succedere: e se questo dritto voglia darlo rivocabile, o irrivocabile, se dell' intero patrimonio, ovvero di parte di esso, se puramente, o condizionatamente. (10)

§. VIII.

(10) Abramo, come abbiam detto, trasferì a' figli di Cetura un dritto puro, ed irrevocabile. All' incontro Omero nella sua *odiss. XVII. v.* 78. ci dà un bellissimo esempio del testamento, con cui si dava un dritto rivocabile, e condizionato, dove il giovanetto Telemaco, temendo di non essere ammazzato da' magnati dell' isola, che profittando dell' assenza di Ulisse, banchettavano, e gozzovigliavano nella casa, facendola da padroni indiscreti, fece col suo amico Pireo la seguente convenzione, dicendo.

Πιεραι, ου γαρ τ' ιδμεν οπως εσαι ταδε εργα.
Ει κεν εμε μνηστηρης αγηνορες εν μεγαροισι
Λαθρη κτειναντες, πατρῷια παντα δασονται,
Αυτου εχοντα σε βουλομ επαυρεμεν η τινα τῶνδε.
Ει δε κ εγω τουτοισι φονον και κηρα φυτευσω
Δη τοτε μοι χαιροντι φερειν προς δωματα χαιρων.

Piraee, non enim scimus quomodo erunt hæc opera:
Si me proci superbi in domibus
Clam interfecto, paterna omnia divident,
Ipsum habentem te malo frui, quam aliquem horum:
Sin ego his cædem, & mortem patravero,
Tunc mihi gaudenti portato ad domos gaudens.

v. Ever. Feizio *antiqu. Homeric. lib. II. c.* 11. §. 5. questo stesso luogo di Omero vien citato da Giustiniano, *Inst. tit. de donat.*

§. VIII.

Quanto finora aſſi detto ha luogo, ſeguendo noi i ſempliciſſimi principj del dritto di natura. Ma ſecondo il dritto delle genti par, che poſſa beniſſimo ſuſſiſtere il teſtamento de' Romani, cioè *quella ſolenne dichiarazione della noſtra volontà di ciocchè vogliamo, che ſi faccia dopo la noſtra morte*; e ciò in forza di que' patti, o eſpreſſi, o taciti, co' quali le primitive famiglie vennero a ſtringerſi in ſocietà: cioè, che ognuno poteſſe diſporre delle ſue proprietà (che colla morte paſſerebbero nel comun patrimonio) e trasferirne il dominio ad altri, tanto prima, quanto dopo di morire, a condizione però, che nel diſporre della roba per cauſa di morte, non veniſſe a pregiudicare il dritto di coloro, che per natura devono eſſere dal teſtatore contemplati (11),

 pur-

(11) Le porzioni legittime, per lungo tempo ignote a' Romani, ebbero origine certamente dall'abuſo, che i medeſimi fecero del dritto di teſtare, ponendo in non cale il dritto di Natura, e delle Genti. Queſte porzioni legittime debbonſi a tutti coloro, che ſembrano avere maggiore dritto di eſſere dal teſtatore contemplati, ed in primo luogo a' figli, che vivendo col padre,

purchè per qualche delitto non ne fossero i medesimi indegni (12). Il Dritto Civile poi è stato quello, che ha dato altra forma a sissatti patti universali, adattandoli alla maggiore utilità de' popoli. Quind' i legati, i fedecommessi, la Falcidia, il *Jus accrescendi*, &c. &c.

AP-

dre hanno quasi un comune dominio, indi a' genitori, finalmente a tutti coloro, che sono del medesimo sangue, per un principio, che meglio esporremo nel Lib. III., ove tratteremo delle successioni *ab intestato*. Il testamento., in cui non venissero lasciate tali porzioni legittime, sarebbe ingiusto, e contrario a' principj del Dritto delle Genti. La quantità poi di tali *quote* deve misurarsi dal bisogno, e dal numero di coloro, a' quali si lasciano, dalle finanze del patrimonio, dallo stato della società, e da altre circostanze. Quindi su di ciò diversi furono gli stabilimenti secondo la diversità de' popoli, e de' tempi. Così i Romani una volta assegnarono a' figli la quarta parte della porzione dovuta *ab intestato*, poi ne assegnarono la terza, o la quarta, secondo il numero de' figli. Solone colle sue leggi assegnò a figli l' intero patrimonio, non permettendo al padre di testare. V. *Plut: vit. Solon.*

(12) E da qui deriva là ragione dell'eseredazion di coloro, a' quali le legittime porzioni son dovute, poichè allora pel loro reato si riputano, come ribelli dell' impero domestico, e per conseguenza caduti dal dritto, che aveano colla loro nascita acquistato. V. il nostro Genovese *Diceos. Lib. I. c. 2. §. 10.* A tal proposito ci riferisce Erodoto, che Adrasto figlio del Re di Frigia avendo ammazzato il fratello fu bandito dal padre, e privato di tutt' i suoi beni.

APPENDICE AL TIT. DE RERUM DIVISIONE GIUSTA IL DRITTO CANONICO.

SOtto nome di *cose* nel Dritto Canonico vengono compresi i Sacramenti, le Chiese, i Benefizj, le Pensioni, ed altre rendite Ecclesiastiche. Colla possibile brevità tratteremo in quest' Appendice de' Sacramenti solamente. Delle Chiese, dell' amministrazione, ed alienazione de' beni delle medesime, dell' amortizazione, de' benefizj, e pensioni, tratteremo nel dritto pubblico del Regno.

C A P. I.

De' Sacramenti in genere.

§. I.

CI protestiamo, che noi in questo brieve trattato de' Sacramenti non intendemo diffonderci nelle quistioni scolastiche. Diremo poche co-

se intorno alla disciplina, e riti della Chiesa, lasciando il resto a teologi.

§. II.

La parola *Sacrámentum* ha diversi significati presso gli scrittori sì civili, che ecclesiastici. In questo luogo significa *signum rei sacræ*. Dicesi *signum* ciò che cade sotto il senso: *res sacra* esprime la grázia, che da questo esterno segno vien designata, e conferita. Non diversa è la diffinizione, che a nome di S. Agostino ci propone Graziano *can.* 32. *dist.* 2. *de consecr.* *sacramentum est invisibilis gratiæ visibilis forma* (1). Tre cose debbono concorrere alla perfezione del sacramento, come insegna il Concilio di Firenze *Instruct. ad Armen. res, tanquam materia, verba, tamquam forma, & persona ministri conferentis sacramentum: quorum si aliquod desit non perficitur sacramentum.*

(1) La definizione con queste prette parole non leggesi in verun luogo presso S. Agostino, ma è ricavata dall' *Epist.* 16. come notarono i Correttori Romani.

tum. Le voci *materia*, e *forma*, in vece delle quali prima si adoperavano quelle più eleganti *res*, & *verba*, s'intrusero dalla peripatetica filosofia nella Teologia, non prima del Sec. XII. (2). Dalla stessa filosofia derivò la divisione della materia in *remota*, e *prossima* (3); come pure quella della forma in *assoluta*, o sia *pura*, e *condizionale* (4). Richiedesi ancora l'*intenzione* del

Dd 3 Mini-

(2) Le adoperarono però prima i Latini, di poi i Greci, *Morin. de SS. Ordin. P.* 3. *Exerc.* 1. *c.* 3.

(3) Chiamano *remota* la stessa cosa, che si deve adoperare a conferire il sacramento, p. e. l'acqua, l'olio &c. Dicono *prossima* lo stesso uso della cosa, p. e. la lavanda, l'unzione &c.

(4) Questa distinzione è posteriore al Sec. VIII. Ne' primi otto secoli la *pura* soltanto fu in uso. Que' sacramenti, che non possono iterarsi, ed oggi si conferiscono *sub conditione*, anticamente s'iteravano senza la formola condizionale: imperocchè diceano i PP. *non monstratur iteratum, quod certis inditiis non ostenditur rite peractum*, giusta le parole di Gregorio M. *Lib. XII. Ep.* 31. Così pure S. Cipriano *Ep.* 76. Leone I. *Ep.* 37. ed altri. Ne' Capitolari di Carlo Magno *Lib. VI. c.* 181. si legge la prima volta la formola condizionale ne' seguenti termini: *de quibus dubium est, utrum sint baptizati, an non, omnimodis absque ullo scrupulo baptizentur. His tamen verbis præmissis:* NON TE BAPTIZO, SED SI NONDUM BAPTIZATUS ES, BAPTIZO TE *&c.* Di poi nel Sec. XII. da Alef. III. venne tal formola approvata, e da Gregorio IX. fu inserita ne' Libri delle Decretali *cap.* 2. *de Baptismo*: Ma non prima del

Sec.

Ministro, cioè la volontà *saltem faciendi quod facit Ecclesia*, come fu definito dal Conc. Trident. *sess. VII. de sacram can.* 11.

§. III.

Tutt' i Sacramenti, che sono al numero di sette, furono istituiti da Cristo, giacchè conferendosi con essi la grazia, non poteano essere istituiti, se non se da quello, che puol' essere autore della grazia. *Sacramentorum quis auctor, nisi Cristius Dominus?* Disse Ambrogio *lib. IX. de sacram. cap.* 4. (5). Il comun' effetto di tutti è la

Sec. XIII. la ricevettero tutte le Chiese Latine, giacchè non prima della pubblicazione, ed accettazione delle Decretali di Greg. IX. quel decreto di Alessandro III. fu noto per ogni dove; tanto vero che Pietro Cantore, il quale dopo Alessandro scrisse *de sacramentis*, rigettò tal formola. Questa però dee adoperarsi in que' sacramenti, che non sono iterabili, come insegnarono i Teologi, che scrissero dopo Aless. III. fino al secolo XV.; ma nel principio di questo secolo taluni insegnarono potersi dare l'assoluzione condizionale in certi casi dubj, p. e., se il Ministro dubiti d' aver profferite le parole dell' assoluzione, o se il soggetto sia capace d' assoluzione, come potrà leggersi presso Juenin. *de Sacram. Diss. l. q.* 3. *art.* 2.

(5) E' antica quistione tra Teologi, se tutt' i Sacra-

la grazia, che chiamano *santificante*, Trident. *sess. VII. can.* 9. Oltre della grazia, i tre sacramenti, che sono il battesimo, la confermazione, e l'ordinazione, imprimono il carattere, Trident. *cit. sess. VII. de sacram. can.* 9. Il *carattere* non è altro, che un *segno spirituale, ed indelebile, la di cui impressione rende il cristiano addetto ad un particolare, e perpetuo culto di Dio*. Così nel Battesimo si acquista la caratteristica di *figlio di Dio*: nella confermazione di un *cristiano militante*; nell' ordinazione di *sacerdote*. Questi tre sacramenti non si possono iterare.

cramenti da Cristo *αμεσως immediate*, o pure *μεσως mediate*, sieno stati istituiti. I PP. Tridentini non vollero deciderla; imperocchè nel decretare, che tutt' i Sacramenti sieno stati istituiti da Cristo, avvedutamente si astennero dalla voce *immediate*, per non pregiudicare alla sentenza di que' Teologi, i quali sostenevano, che Cristo abbia lasciato all'arbitrio della Chiesa il determinare le materie, e forme di tutt' i Sacramenti. Del rimanente è fuor di dubbio, che alcuni Sacramenti sieno *αμεσως* da Cristo, come il Battesimo, l' Eucaristia, l' Ordine, la Penitenza, la immediata istituzione de' quali rilevasi dalla sacra Scrittura.

CAPO II.

Del Battesimo.

B*Aptismus* vien dal greco Βαπτίζειν, che significa *mergere*, come il dinotano le antiche chiose: per *metalepsin* significa *abluere*, e tal significato corrisponde a questo luogo. Dunque il battesimo non è altro, che *ablutio*. A proposito S. Agostino, *Tract. XV. in Joan. n. 4. Quid est baptismus Christi? Lavacrum aquæ in verba. Tolle aquam, non est, baptismus: tolle verbum, non est baptismus* (1).

§. II.

La materia del battesimo è l' acqua naturale, come da' libri divini, e dalla perpetua tradizione della chiesa insegnano il Tridentino *sess. VII.*

(1) Furono riceventissime presso i Gentili, ed i Giudei le religiose lavande per mezzo dell' acqua. Dunque Cristo alluse a questi antichi riti, quando santificò l' acque, e nel Giordano istituì il Battesimo col farsi battezzare da Giovanni, che sembra la più vera sentenza circa il tempo della istituzione del Battesimo.

VII. o. 2., e li Teologi (2). E' antica disciplina della chiesa di usare la benedizione dell'acqua, che gli antichi PP. chiamarono *aquæ sanctificationem*, *& consecrationem*, *Tertul. de Bapt. c.* 4. *Basil. de Sp. S. c.* 27. (3). La materia prossima è l'istessa *abluzione*, che si può fare in tre modi, *per immersionem*, per *adspersionem*, *per infusionem*. La più antica è l'immersione, come dimostra l'istessa voce Βαπτίζειν *mergere* (4). Siffatto rito fu usato ne' XII. primi secoli della Chiesa. Nel principio del XIII. secolo in alcune Chiese Latine cominciò a praticarsi il battesimo per *effusionem*

(2) Il rescritto di Stefano *II.* o, come altri vogliono, di Stefano III. presso Sirmondo *Tom.* 2. *Conciliorum Galliæ*, con cui si approva il Battesimo dato col vino ad un bambino pericolante, in mancanza dell'acqua, si dee stimare *mendoso* e *sappositizio*, siccome dimostrò Arduino *quæst. de Baptismo in vino*.

(3) Furono adoperate certe preci dalla Chiesa nel santificar l'acqua, che si leggono presso l'Autore delle Cost. Apostol. *lib.* 7. *c.* 43. Onde presso S. Agostino *de Bapt. lib.* 5. *c.* 50. leggiamo *deprecari super aquam baptismi*. Si segnava l'acqua col segno della croce, come c'insegna l'istesso S. Agostino *Hom.* 27. *e* 50. *To.* 10.. Questa santificazione dell'acqua non riguarda l'essenza del Battesimo, ed in caso di necessità si puol adoperare eziandio l'acqua non consecrata.

(4) Si vuole, che in questo modo fosse stato battezzato Cristo, dalle parole di S. Matteo III. 16. V. Martene *de Ritib. Eccles. lib.* 1. *p.* 128. *seq.*

nem, ma comunemente si tenea per più sicuro quello per *immersionem*, come ce ne fa testimonianza S. Tommaso (il quale morì nell' anno 1274.) *P. III. quaest. 66. art. 7. tutius est baptizare per modum immersionis, quia hoc habet communis usus*. Verso la fine dello stesso secolo cominciò a disusarsi l' immersione, ed a frequentarsi l' effusione, come ce lo dimostrano i rituali. Tre volte si dovea immergere, altrimenti il battezzante incorreva nella pena del violato precetto ecclesiastico, ma era valido il battesimo (5). Così gl' infanti, che gli adulti, o maschi, o femine, si dovevano immergere tutti nudi: sebbene in alcuni luoghi per le donne eravi il battisterio separato: in altri luoghi s' immergevano prima i maschi, e poi le donne: le diaconesse badavano all' onestà delle donne, perchè la nudità di queste non si fosse esposta, come abbiamo da Epifanio *Haeres. 79.*

§. III.

(5) Alcuni Vescovi della Spagna costumando d' *immergere* una sola volta, per non sembrare d' imitare gli Ariani, i quali colla trina immersione voleano significare la triplice sostanza nella Trinità, Gregorio M. approvò tal' uso *lib. 1. Ep. 41. ad Leandrum Episc. Hispalensem.*

§. III.

La *forma* del battesimo presso i Latini è questa, *Ego te baptizo in nomine Patris, & Filii, & Spiritus sancti*. Presso i Greci è la seguente, *baptizatur*, o pure *baptizetur* (giacchè nell'una maniera, e nell'altra vale il battesimo, come decretò Eugenio IV.) *servus, vel serva Dei N. in nomine Patris, & Filii, & Spiritus Sancti*.

§. IV.

L'ordinario ministro del battesimo fu il Vescovo, o pure il prete *non tamen sine Episcopi auctoritate propter Ecclesiæ honorem, quo salvo, salva pax est*, al dir di Tertul. *de Bapt. c.* 17. Ma dopo che furono istituiti i Parrochi, i quali reggono le chiese *jure proprio*, divennero essi ordinarj ministri del battesimo, di sorteche non hanno bisogno della delegazione del Vescovo. I Preti, ed i Diaconi battezzano colla venia del Vescovo, o del Paroco. In caso di necessità, possono battezzare eziandio i laici: fuori della neces-

necessità vale il battesimo, come c' insegna la costante tradizione della chiesa, ma essi peccano contro la disciplina: onde disse S. Agostino *lib. 2. contra Epist. Parmen. c. 13.*, *nulla necessitate si fiat, alieni muneris usurpatio est*. Della validità del battesimo conferito dagli eretici, acremente contesero nella chiesa Stefano Papa, e i PP. Africani. Il sentimento di Stefano, di esser valido il battesimo conferito dall' eretico colla formola prescritta da Cristo, fu seguito universalmente dalla chiesa, come ci attesta S. Agostino *lib. 2. de Bapt. c. 4.* essersi deciso in *plenario totius orbis Concilio*, colle quali parole farsi volle intendere del Concilio Niceno. E così ultimamente definì il Tridentino *sess. VII. can. 4.* Lo stesso deve dirsi del battesimo conferito dal Giudeo, Augustin. *lib. 5. de Baptismo c. 20*, *& lib. 2. contra Parmen. c. 13.* Vale pur anche il battesimo conferito dall' infedele, come rescrisse Niccolò P. nel secolo IX. *ad consulta Bulgarorum* nel *can. 24. de consecr. dist. 24.* Sebbene prima diversamente opinarono que' padri, i quali non ebberò per valido il battesimo conferito dagli eretici. La chiesa latina abbracciò il sentimento di Niccolò

colò P., ma non così la Chiesa greca, la quale ancora persevera nel sentimento degli antichi PP.

§. IV.

Si da il battesimo così agl' infanti, che agli adulti. Gli Anabbattisti voleano nullo il battesimo degl' infanti. L' istesso Tertulliano *lib. de Bapt.* stimò piu espediente di differirsi il battesimo degl' infanti, fino a che fossero in età da poter conoscere Cristo. Ma il Tridentino *sess. XII. can.* 13. decise potersi validamente battezzare gl' infanti in *sola fide Ecclesiæ*. E siccome nel battesimo degl' infanti non puole precedere il catechismo, si adoperarono perciò i *suscettori*, volgarmente *Patrini*, i quali rispondessero in vece de' battizzandi, come appresso diremo.

§. V.

Gli adulti prima del battesimo s' istruivano ne' rudimenti della fede, onde furono detti *Catechumeni* dal greco *κατηχεῖμαι docere*, *erudire*: furono detti ancora *novitioli*, e *tirones Dei*.

Il

Il catecumenato in alcuni luoghi durava un biennio, in altri un triennio: il qual tempo per la moltitudine de' battezzati, o per cagion di pericoloso morbo del catecumeno, alle volte si restringeva. Se taluno peccava nel catecumenato, prolungavasi il tempo legittimo, e veniva detruso dal grado superiore all' inferiore; e se era nell' ultimo ordine veniva all' intutto escluso dal numero de' catecumeni. Non convengono i Scrittori ecclesiastici circa il numero degli ordini, o sieno gradi de' cetecumeni. La migliore opinione è di coloro, i quali li distinguono in *audientes, genuflectentes, & competentes, seu electos*. Nell' ultimo ordine erano *audientes*, cioè coloro, i quali appalesando il desiderio di volersi fare cristiani, venivano ammessi a sentire le sacre concioni, e le lezioni, donde venne la di loro denominazione. Dopo intese le sacre lezioni, e le concioni, doveano uscir dalla chiesa, allorchè il Diacono gridava, *ne quis audientium, ne quis infidelium*; e rimanevano in chiesa *genuflectentes*, i quali erano nel secondo grado, così detti, perchè genuflessi ricevevano l' imposizione delle mani dal Vescovo, ed indi doveano uscire dalla chiesa, quando il Diacono pro-

cla-

clamava con quell' altra formola, *quicunque Catechumeni discedite*, giacchè essi propriamente venivan detti catecumeni, e ad essi ebbe riguardo quella parte di liturgia detta *Oratio Catechumenorum*. Nel primo grado erano *competentes*, *cum jam peterent baptismum*, al dir di S. Agostino *de fid. & oper. c. 6.* e perchè venivano prescelri a ricevere il battesimo ne' prossimi dì festivi, furono detti ancora *electi*.

§. VI.

S'istruivano i catecumeni nella fede, e nelle regole della vita cristiana; ma con somma riserba, e circospezione, giacchè così ad essi, che agli eretici, si taceano alcuni misteri della religione (6). E questa è quella celebre *arcani disciplinæ* dell' antica chiesa, di cui Schelstrate compose una particolar dissertazione. Si ripete una tal disciplina fin da Cristo, e dagli Apostoli, la quale fu

(6) Onde disse Cirillo Gerosolimitano *Catec. 6. n. 16.*, *de Mysteriis apud Cathecumenos aperte non loquimur, sed multa sæpe loquimur obtecte; ut fideles, qui rem tenent, intelligant, & qui non tenent, haud lædantur.*

fu operata per tutto il secolo V. I principali fini di questa disciplina furon i seguenti: il primo, *ut mysteriorum veneratio silentio conservaretur*, al dir di Basilio *de sp. S. c. 27.*; il secondo, che abbiamo dal sinodo Alessandrino presso Attanagio *apol. 2.*, affinchè gli etnici non gli avessero corrotti, ed irrisi: il terzo, *ut eo ardentius a Catechumenis concupiscerentur, quanto eis honorabilius occultabantur*, son parole di S. Agostino *Hom. 96. in Joan.*

§. VII.

Or dobbiamo far parola de' *scrutinj*, detti a *scrutando*, poichè per mezzo di essi la chiesa scrutinava i cuori de' catecumeni, *quanta vigilantia convenirent, quo studio fervere̱nt, qua cura pergerent*, al dir di S. Agostino *de fid. & oper. c. 6.* Onde l'istesso S. Agostino chiama lo scrutinio *examen*, *lib. 2. de symbolo c. 1.* Si adoperavano ne' scrutinj l'imposizione delle mani, certe preci, gli esorcismi, l'*esufflazioni*, il sale benedetto nella bocca de' catecumeni, ed altri riti: s'insegnava il simbolo, e l'orazione *dominica*: pre-

ce-

cedeva ancora al battesimo degli adulti la confessione de' peccati, e loro s' imponevano le pubbliche penitenze, Tertul. *de Bapt. c.* 20. Concil. Cartag. *IV. can.* 85.: durante questo tempo si dovevan essi astenere dalla carne, dal vino, e dalla moglie *cit. Concil. ibid.* Giunto il giorno, i catecumeni si portavano al luogo del battesimo. E' certo che ne' tempi degli Apostoli non era prefisso certo giorno pel battesimo. Poi si stabilirono la pasqua, e la pentecoste. Nella chiesa greca anche l'epifania, come poi praticarono la chiesa Africana, e Gallicana, sebbene questa vi aggiunse i giorni di Natale, e di S. Giov. Battista, Gregor. Turon. *de gloria martyr. c.* 6. *Hist. lib.* 8. *c.* 9. . In alcune chiese di Spagna anche le festività degli Apostoli, e de' Martiri furono destinate a solenizzare il battesimo, come ce ne fa testimonianza Siricio P. *ad Himer. Tarrac. Episc.* Che questa disciplina sia cessata presso gli occidentali prima del secolo XII., ce lo attesta Ruperto Abbate *lib.* 4. *de div. offic. c.* 18. . E già da molti secoli, così presso i Greci, che presso i Latini, in ogni giorno si conferisce il solenne battesimo. Anticamente non vi era certo luogo per

conferirsi il battesimo: sovente ne' fiumi, e ne' stagni, Tertul. *de Bapt. c.* 1. molti in memoria di Cristo desideravano battezzarsi nel giordano, come abbiamo da S. Gironimo nel libro *de locis Hebraicis*. Finalmente restituita la pace alla chiesa dall' Imperador Costantino, furono costituiti i *battisterj* (7), fuori de' quali, eccetto il caso di necessità, non è lecito battezzare,

§. VIII.

I catecumeni giunti al luogo destinato pel battesimo doveano adempiere tre cose. I. Rinunziare *Satanæ, & operis ejus, & pompis ejus, & cultibus*

(7) I Battisterj eran' edifizj separati dalle Chiese, ma contigui alle stesse, e molto ampli. Anticamente non tutte le Chiese Parrocchiali aveano il Battisterio: un solo ve n'eta in tutta la Diocesi, vicino la Chiesa Cattedrale, in cui il Vescovo conferiva il solenne Battesimo. *Bing. Orig. Eccles.* E perciò le Chiese furon dette *Matres, & Matrices*, come quelle, che per mezzo del Battesimo, generavano i figli di tutta la Diocesi. Ma col progresso del tempo divennero i Battisterj piccioli edifizj, e furono situati dentro le Chiese, e quasi in tutte le Parrocchie. In molte città dell' Italia sono ancor permanenti i vestigj dell' antica disciplina: imperocchè in Bologna, in Pisa, in Parma, in Firenze, in Benevento esiste un sol battisterio.

tibus ejus, *& Angelis ejus*, *& inventis ejus*, *ac omnibus*, *quæ sub eo sunt:* la qual formola di rinunzia leggesi presso l' Aut. delle *costit. lib VII. c.* 41. In atto della rinunzia stavano in piedi, e nudi, rivolti all' occidente (8), sputacchiavano, e soffiavano verso di quello, e faceano altri atti dinotanti avversione. II. Dopo la rinunzia seguiva *sponsio*, colla quale i catecumeni promettevano di servire a Cristo, e proferivano tal rinunzia verso l' oriente (9). Ce ne da la formola l' istesso Aut. delle *cost. c.* 31., *post renunciationem dicat*, *adcribor Cristo*. III. La *solenne professione della fede*. Il catecumeno, a tenor del simbolo antecedentemente imparato, dovea professar la fede tre volte, rispondendo alle domande, colle mani, e cogli occhi sollevati verso il cielo, in presenza di più testimonj.

 §. IX.

(8) Perchè una tal regione è di Satanasso, *qui est Princeps tenebrarum*, al dir di cirillo Gerosolomitano *Catech. I.*

(9) Poichè *lucis est regio*, al dir del lodato Cirillo, onde S. Geronimo disse, *pactum inire cum Sole justitiæ*.

§. IX.

In tempo del battesimo doveano essere presenti *sponsores*, detti ancora *fidejussores*, o *susceptores*, volgarmente *patrini*. Per lo più i patrini degl' infanti furono gli stessi genitori, e quando questi non voleano, o non poteano, gli altri estranei. S. Agost. *Ep.* 23. *ad Bonifac.* Il fine della di loro istituzione si fu, perchè rispondessero in vece degl' infanti al ministro; anche per gli adulti impediti da morbo *suam accomodabant vocem*, com' elegantemente dice Cirillo Alessandr. *in Joan. c.* 11. *v.* 26. Per gli adulti ancora la chiesa volle adoperati i patrini, ma dovean quelli, non questi, rispondere. L' ufficio de' suscettori si è d' istruire nell' etica cristiana, e di dirigere i battezzati nella vita spirituale, ond' è, che non possono esserlo gli eretici, gli scomunicati, i rei di pubblico delitto, gl' infami, i penitenti, i non confermati, i minori d' età &c. *Nat. Aless. Theol. Dogm. & moral. lib. II. tract.* 2. *c.* 6. I monaci ancora, perchè addetti alla solitudine, non possono essere patrini *can.* 103. *seq. D.* 4. *de consecr.* In oltre i canoni più recenti, e S. Carlo vo-

gliono lontani da tale uffizio i chierici iniziati ne' sacri ordini, ed i benefiziati. Ora è proibito a' genitori quel, che anticamente loro era permesso, come assi detto, di levare dal sacro fonte i proprj figli, la quale proibizione non è prima del sec. IX. data per apocrifa l'epistola di Papa *Deusdedit*, il quale esercitò il pontificato sul principio del sec. VII., presso Graziano *caus.* 30. *q.* 1. *can.* 1. Forsi diè motivo a tal divieto la cognazione spirituale, di cui altrove si parlò.

§. X.

Finora abbiam ragionato de' riti, che precedevano, o accompagnavano il battesimo: i riti, che lo seguivano, erano questi. Il sacerdote dava un bacio al battezzato: li dava ancora a gustare il latte, e 'l mele, per significar l'infanzia: l'unzione del crisma sul vertice del battezzato faceasi da un' altro prete diverso da quello, che battezzava, giacchè non potea un solo essere sufficiente a battezzare, ed ungere. Che questa unzione *verticale* fosse stata istituita da Silvestro, insegnarono Amalario de *Eccl. off. c.* 27., ed altri; onde quando presso i PP. più antichi di Silvestro si fa menzio-

 ne

ne dell' unzione de' battezzati, devesi intendere del sacramento della confermazione. Inoltre i battezzati vestivano la veste bianca, che portavano per otto giorni; e poi la deponevano in *vestiario ecclesiæ*, al dir di S. Agostino *Hom.* 86. *de diverʃ.* (10), purchè sia egli l'autore di tale omilia. E finalmente a' battezzati vestiti di veste candida si davano in mano *cereæ faces*, al dir di Ambrogio de *lapsu virg. c.* 5., e di Greg. Nazianz. *orat.* 40. *de Bapt.*

§. XI.

Le stesse cerimonie usate per gli adulti osservansi quasi da tutta la chiesa per gl'infanti, eccetto il catecumenato; e quello, che gli adulti eseguono per se stessi, gl'infanti eseguono per mezzo de' patrini. Agl'infanti s'imponeva il nome nello stesso battesimo; come oggi costumasi; rispetto a' catecumeni, fu varia la disciplina della chiesa, ma sempre prima del battesimo davano il di loro nome. Il nome per lo più da' patrini, spessissimo da'

(10) Ciò faceasi nell'ottavo di Pasqua, perciò detta *Dominica in Albis*.

da' genitori s' imponeva, e quasi sempre il nome di qualche S. Martire, Eufeb. *lib.* 7. *Hist. c.* 25. Nicefor. *lib.* 6. *c.* 23.

CAPO III.

Della Confermazione.

§. I.

LA *confermazione* detta ancora negli antichi monumenti *manuum impositio*, *unctio*, è un sacramento, *per cui i cristiani regenerati col battesimo conseguono lo spirito santo, per poter con maggior forza professare, e serbare la fede di Cristo*. Della materia, e forma di questo sacramento, non convengono i teologi. Gli scolastici insegnano, che la materia sia il crisma, la forma le parole, che si uniscono all' unzione. Altri, e principalmente il Giovenino, costituiscono la materia nella imposizione delle mani, e nel crisma: Meglio Sirmondo, Sambovio, Aberto, ed altri fan consistere tutta l' essenza, e virtù della confermazione nella imposizione delle mani, e nelle

preci a quella aggiunte, e che l'unzione del crisma, per autorità della chiesa, si appartenga all' integrità del sacramento. Ed in vero gli Apostoli *imponebant manus super illos, & accipiebant spiritum sanctum, act. c. 8. v. 17.* Gli antichi PP. insegnarono, che coll' imposizione delle mani si dava lo spirito santo. L'unzione del crisma non è d'istituzione apostolica: e le parole *signo te signo crucis &c.* furono ignote agli antichi PP.

§. II.

Sotto nome di crisma in questo sacramento viene l'unguento, che i Latini formano dall' olio, e dal balsamo, i Greci vi aggiungono ancora trentacinque spezie d'aromi, e picciola quantità di vino. Par, che ne' primi tempi il crisma fossesi composto dal solo olio, Tertul. *de Bapt. c.* 8.; successivamente furono aggiunti il balsamo, ed altri aromi. Il crisma si deve consecrare dal Vescovo, e nell' antica disciplina potea farsi *omni tempore*, Conc. *Tolet. I. can.* 20. poi s'introdusse, che il crisma si dovesse consecrare in ogni anno *feria quinta* in *cana Domini*, la qual disci-

pli-

plina ebbe cominciamento nel principio del VIII. secolo. Presso i Latini, fin da tempo antichissimo, si unge la sola fronte: presso i Greci le orecchie ancora, le narici, il petto, e le mani. In amendue le chiese si fa l'unzione sotto il segno della croce, per cui presso gli antichi la confermazione fu detta ancora *consignatio*, & *signaculum Domini*. Col segnare si proferisce certa formola, che non è l'istessa presso i Greci, che presso i Latini. I Greci fin dal IV. secolo usano queste parole σφραγις δωρεᾶς πνευματος αγιυ, *signaculum doni spiritus sancti*, Conc. Costantinop. I. *can*. 7. I Latini, *signo te signo crucis*, & *confirmo te chrismate salutis in nomine Patris*, & *Filii*, & *Spiritus Sancti*, la qual formola sembra introdotta circa il sec. VIII. ma non per ogni dove prima del sec. XII.

§. III.

L'ordinario ministro della confermazione è il Vescovo. Ma un tempo nell'occidente i preti in assenza del Vescovo, o colla venia dello stesso, soleano confermare, Conc. Tolet. I. *can*. 20. Mo-

Morin. *de sacram. confirm. c. 12. & seq.* Di poi *Pontificum Romanorum instantia*, al dir di Olstenio *diss. de minist. confirmat. apud Grecos in præfat.*, cessarono i preti nell'occidente di esercitar la confermazione. Ma nell' oriente i preti ancora, quasi che per dritto ordinario, confermano (1).

§. IV.

La confermazione si dà solamente a quei regenerati col battesimo, imperocchè perfeziona, ed accresce la grazia ricevuta nel battesimo. Secondo l'antica disciplina subito dopo il battesimo davasi la confermazione. Lo stesso costume ancora serbano i Greci. Ma i Latini adoperano la confermazione separatamente dal battesimo, lo che sembra

(1) Sambovio *de Sacr. confirm. disp. VII. art. 2.* è di sentimento che i Preti Greci per abuso si prendono la libertà di confermare: Ma non dice bene. Il di loro costume ha per appoggio la legittima prescrizione ammessa dalla Chiesa Romana. Nè osta il *cap.* 4. *de Consuet.* dove Innoc. III. proibisce *omnibus Presbyteris apud Constantinopolim constitutis, ne in posterum Sacramentum confirmationis fidelibus exhibeant.* Imperocchè questo Testo fu interpolato da Raimondo, giacchè nella terza collezione presso A. Agostino si legge *latinis Presbyteris*. Raimondo omise la parola *Latinis*.

bra introdotto da quando i ſoli Veſcovi cominciarono a confermare.

§. V.

E poichè la confermazione conferma la grazia ricevuta nel batteſimo (1), perciò non è aſſolutamente neceſſaria. Per entrare nel regno de' Cieli baſta l'acqua, *Conc. Illiberit. can.* 77. *S.* Geron. *contra Luciferian. c.* 4. Devono però tutti gli adulti farſi confermare, per precetto divino, ed eccleſiaſtico, V. Nat. Aleſſand. *Theol. dogm. & moral. lib. II. tract.* 3. *c.* 4. Imperocchè dee ogni criſtiano per divino precetto uſar tutt' i mezzi per acquiſtar la perfezioue della vita criſtiana. Onde mettono in gran pericolo la di loro vita, e ſi fan rei di grave peccato que' criſtiani, che non curano la confermazione.

§. V.

(1) *In Baptiſmo*, dice Euſebio Emiſſeno *hom. de Pentecoſte*, *regeneramur ad vitam*, *poſt Baptiſmum confirmamur ad pugnam*, *in baptiſmo abluimur*, *poſt Baptiſmum roboramur*.

Morin. *de sacram. confirm. c.* 12. *& seq.* Di poi *Pontificum Romanorum instantia*, al dir di Olstenio *diss. de minist. confirmat. apud Grecos in præfat.*, cessarono i preti nell'occidente di esercitar la confermazione. Ma nell' oriente i preti ancora, quasi che per dritto ordinario, confermano (1).

§. IV.

La confermazione si dà solamente a quei regenerati col battesimo, imperocchè perfeziona, ed accresce la grazia ricevuta nel battesimo. Secondo l'antica disciplina subito dopo il battesimo davasi la confermazione. Lo stesso costume ancora serbano i Greci. Ma i Latini adoperano la confermazione separatamente dal battesimo, lo che sembra

(1) Sambovio *de Sacr. confirm. disp. VII. art.* 2. è di sentimento che i Preti Greci per abuso si prendono la libertà di confermare; Ma non dice bene. Il di loro costume ha per appoggio la legittima prescrizione ammessa dalla Chiesa Romana. Nè osta il *cap.* 4. *de Consuet.* dove Innoc. III. proibisce *omnibus Presbyteris apud Constantinopolim constitutis, ne in posterum Sacramentum confirmationis fidelibus exhibeant.* Imperocchè questo Testo fu interpolato da Raimondo, giacchè nella terza collezione presso A. Agostino si legge *latinis Presbyteris*. Raimondo omise la parola *Latinis*.

bra introdotto da quando i soli Vescovi cominciarono a confermare.

§. V.

E poichè la confermazione conferma la grazia ricevuta nel battesimo (1), perciò non è assolutamente necessaria. Per entrare nel regno de' Cieli basta l'acqua, *Conc. Illiberit. can.* 77. *S. Geron. contra Luciferian. c.* 4. Devono però tutti gli adulti farsi confermare, per precetto divino, ed ecclesiastico, V. Nat. Alessand. *Theol. dogm. & moral. lib. II. tract.* 3. *c.* 4. Imperocchè dee ogni cristiano per divino precetto usar tutt'i mezzi per acquistar la perfezioue della vita cristiana. Onde mettono in gran pericolo la di loro vita, e si fan rei di grave peccato que' cristiani, che non curano la confermazione.

§. V.

(1) *In Baptismo*, dice Eusebio Emisseno *hom. de Pentecoste*, *regeneramur ad vitam*, *post Baptismum confirmamur ad pugnam*, *in baptismo abluimur*, *post Baptismum roboramur*.

§. VI.

I riti, che devono precedere la confermazione ſono i ſeguenti. I confermandi devonſi offerire da' patrini (3). Per lo dovuto riſpetto al ſacro criſma devono lavarſi la fronte, e toſars' i capelli, che ſulla ſteſſa cadono. Se ſieno adulti, debbono precedentemente pentirſi de' di loro peccati, e, per far meglio, debbono premettere la confeſſione, *can. 6. de conſecr. D. 5.* I riti, che ſieguono alla confermazione, ſono. Il Veſcovo dà un leggiero ſchiaffo al confermato, per ſignificare, che 'l criſtiano deve eſſere forte nel tollerare l' ingiurie, non già nell' inferirle (4). Di poi li da la pace. Finalmente la fronte del confermato ſi aſterge colla bombace; ſebbene anticameute ſi faſciava

(3) La Chieſa adoperò i Patrini nella confermazione, quando queſta cominciò a darſi ſeparata dal Batteſimo. Perciò preſſo gli antichi PP. ſi fa menzione de' ſoli Patrini de' battezzandi. Nella confermazione ſi contrae la cognazione ſpirituale come nel Batteſimo, Trident. *Seſſ. XXIV. de Ref. Mat. c. 2,*

(4) Di queſto rito non evvi menzione negli antichi monumenti, e forsi il primo, che ne fè menzione, ſi fu Durante Veſcovo Mimatenſe.

ſciava la fronte *bandellis*, cioè con faſcette di lino, che dovevano deporre dopo il ſettimo giorno, il qual coſtume durò fino al ſec. XII.

CAPO VI.

Dell' Eucariſtia.

§. I.

EUcharistia, vocabolo greco, ſignifica *gratiarum actio*, poichè Criſto, quando iſtituì queſto ſacramento, *Deo gratias egit*. Viene anche detta *communio*, sì per ſignificare la comunione de' fedeli con Criſto, come pure il il vincolo di carità, con cui i fedeli, partecipando del comun cibo, vengono tra loro artiſſimamente ligati. Queſto ſacramento ſi definiſce, *ſegno ſenſibile del corpo, e ſangue di Criſto ſotto le ſpezie del pane, e del vino*. La materia ſi è il pane di grano, e 'l vino di vite. I Latini ſi avvalgono del pane azzimo, i Greci, e gli altri orientali (eccetto i Maroniti, e gli Armeni, i quali ſeguono il coſtu-

costume latino) usano il fermentato (1). Sì l'una che l'altra spezie di pane vale per la consecrazione, siccome definì il Concil. Fiorentino, e deve ciascuno serbare il costume della propria chiesa, altrimenti sarà reo di violata disciplina, V. il Giovenin *de sacram. Diss. IV.* 9. 2. *art.* 4. Il vino michiasi coll' acqua, sebbene questa deva essere in poca quantità, giusta l'antica disciplina dell' una, e l'altra chiesa, la di cui origine i PP. ripetono da Cristo, Trident. *sess. XII. c.* 7.

§. II.

La forma, con cui si consacra il pane, consiste

(1) L' uso del pane fermentato nell' Eucaristia presso i Greci è antichissimo. Se la Chiesa Latina ne' primi tempi abbia usato l'azzimo, o pure il fermenrato, è quistione oscurissima, e difficilissima. Diverse sono le opinioni: la più sicura è quella, che avesse usato il fermentato. Imperocchè il pane per l'Eucaristia prendevasi dalle obblazioni del popolo: e certamente che il popolo offeriva il pane comune, e consueto. Ne' tempi delle persecuzioni, nelle grotte, e nelle case private, come si offeriva l'occasione, celebravansi i sacri misteri: onde si deve credere, che si fosse adoperato il pane più ovvio, cioè il fermentato. Evvi un'altro più chiaro argomento, cioè che i Romani Pontefici chiamarono il pane Eucaristico *fermentum*, Innoc. I. *Epist. ad Decent.* c. 5. V. il Cardin. Bona *rer. liturgic. lib.* 1. c. 23.

fiste in queste parole, *hoc est corpus meum*. Quella della consecrazione del calice si è, *hic est calix sanguinis mei, novi & æterni testamenti, mysterium fidei, qui pro vobis, & pro multis effundetur in remissionem peccatorum*. Cristo colle medesime parole consecrò l' Eucaristia nell'ultima cena. Se le sole parole *hic est calix sanguinis mei*, o ancora quelle, che sieguono, si appartengano all' essenza del sacramento, è antica quistione fra' scolastici.

§. III.

Il ministro si puol riguardare, o per rispetto alla consacrazione, o per rispetto alla distribuzione. Il ministro della consacrazione è il prete, non già altro chierico inferiore, o laico, Trident. *sess. XXII. can.* 2. Cristo, nell' istituir la Eucaristia, a' soli Apostoli, e di loro successori nel sacerdozio concedette la potestà di consacrare il pane, e 'l vino: *hoc facite in meam commemorationem, Luc. c.* 22. 19. Il ministro però per dispensar l' Eucaristia non dev' essere necessariamente sacerdote. Nell' antica disciplina i diaconi, come ministri della chiesa, *inter Missarum*

sole-

solemnia, distribuivano l' Eucaristia; nella chiesa latina, in caso di necessità; o in assenza del prete, o con special autorità del medesimo; nella chiesa greca, anche presente il prete, e senza special mandato. Che dagli antichi canoni in ciò non fossesi fatta veruna distinzione fra 'l corpo, e 'l sangue di Cristo, si dimostra da Giovenin. *diss. IV.* 9. 5. *c.* 2. *art.* 1; il quale colla testimonianza di S. Tommaso *p.* 3. 82. *art.* 3. avverte, che nel sec. XIII. presso gli occidentali si fosse introdotto, che per la sola distribuzione del corpo, si fosse richiesto il caso di necessità, o l'assenza, o lo special permesso del prete. Ma al lodato autore sembra ostare il can. 38. del Conc. Cartaginese IV. *ut diaconus præsente presbytero Eucharistiam corporis Christi populo, si necessitas cogat, jussus eroget*, e parimente il can. 15. del Conc. Arelatese II. *diaconus corpus Christi præsente Presbytero tradere non præsumat*. Certamente la distribuzione del sangue di Cristo propriamente riguardava l' officio de' diaconi; onde S. Cipriano *lib. de lapsis: ubi vero solemnibus adimpletis calicem offerre diaconus præsentibus cœpit*. Siffatti canoni non sono stati

fin-

ſin'ora abrogati. (1). Ma nella nuova diſciplina i ſoli preti diſpenſano l'Eucariſtia: non tutti però con egual poteſtà: i Veſcovi, ed i Parochi lo fanno per dritto ordinario, e proprio; gli altri preti col mandato del Veſcovo, o del Paroco, Trident. *ſeſſ. XXIV. c.* 13. *de reform.* Anzi nella *clementina I. de privilegiis* ſi ſcomunicano i regolari, i quali diſpenſano l' Eucariſtia a chierici, o laici *ſenza licenza ſpeciale* de' Parochi. Ma il coſtume odierno ſi è, che i preti, e i regolari nelle meſſe, che celebrano, diſpenſano l' Eucariſtia, ſenza ſpecial venia de' Parochi: ſicchè il dritto de' Parochi ſi è ridotto al ſolo viatico, ed alla comunione paſquale. Imperocchè eſſendo la diſtribuzione dell' Eucariſtia parte del ſacrifizio; s' introduſſe per ſe ſteſſo il coſtume, che i fedeli preſenti alla meſſa privata prendeſſero l' Eucariſtia. Van-Eſpen. *P. II. tit.* 4. *c.* 1.

(1) Alle volte in caſo di urgente neceſſità l' Eucariſtia fu diſpenſata per mezzo de' Chierici minori, come abbiamo da Euſebio *lib. VI. Hiſt. Eccleſ. c.* 44. e dall' Iſtoria di S. Tarſizio nel Martirologio di Beda. Anzi nel forte delle perſecuzioni i laici ſi portavano in caſa il pane conſacrato, ed in ogni giorno ſecretamente ſe ne cibavano, per fortificarſi avverſo i Tiranni, come ce ne atteſta Tertulliano *lib.* 2. *ad uxor. c.* 5.

§. IV.

Vediam ora di que', che possono prendere l'Eucaristia. Nella chiesa sì Greca, che Latina gl' infanti battezzati, e confermati, anzi solamente battezzati, furono ammessi all'Eucaristia. V. il Card. Bona *rer. liturg. lib. II. c.* 19. Perdurò questo costume nell'occidente fino al XII. sec. ed indi cominciò ad andar in disuso: ma presso i Greci persiste ancora. *Parvulos usu rationis carentes nulla obligari necessitate ad sacramentalem Eucharistia communionem*, prescrisse il Tridentino *sess. XXI. c.* 4. (3). Oggi dunque nella Chiesa latina allora i ragazzi si ammettono all'Eucaristia, quan-

(3) S. Agostino *lib.* I. *de peccat. merit. & remiss. c.* 20. ed in altri luoghi, sembrò affermare, che l'Eucaristia agl' infanti fosse necessaria per l'eterna salute, allotchè avverso i Pelagiani sostenne, che i *parvuli* sieno esclusi dalla vita eterna, *nisi manducaverint carnem filii hominis*. Con S. Agostino concordano Innoc. *I. Ep. ad Conc. Milevit.* e Gelasio *Ep. ad Episcopos per Picenum*. Tali luoghi, poichè apertamente contradicenti alla sentenza de' PP. Tridentini hanno esercitato le menti de' Teologi. Ma ne fa la conciliazione il Card. Bona *rer. liturg. lib.* 2. *c.* 9. il quale a torto vien deriso da Bingamo. *orig. lib.* 15. *c.* 4. §. 7. dice dunque sì dotto Autore, che S. Ag. non abbia inteso parlare della comunione *sacramentale*, sì bene della *mistica*, o sia dell'*incorporazione* alla Chiesa.

quando sono in età tale, ed hanno tale discernimento, che possano comprendere quello, che devono ricevere, lo che rimettesi al giudizio de' Vescovi, e de' parochi (4). Gli adulti vengono da ecclesiastico precetto astretti alla comunione sacramentale, almeno una volta nell'anno in tempo pasquale, come stabilì il Conc. Lateranese IV. (5).

 §. V.

(4) Qui giova notare, che in molte Chiese Africane, Gallicane, a Greche si costumò di dar l'Eucaristia eziandio a' morti, quante volte i fedeli morivano penitenti, senza comunicarsi, perchè così sembravano riconciliarsi colla Chiesa. Ma fu vietato dal Can. 6. del Conc. Cartag. III., e dal Can. 83. del Conc. Trullano. Altro uso anticamente fuvvi presso i Greci, e Latini, di seppelirsi l'Eucaristia co' morti. E sebbene lo avesse vietato il Conc. Trullano *Can.* 93. non dimeno nel Sec. XII. ancora presso i Greci seppellivansi gli Antistiti coll' Eucaristia, come ce lo attesta Balsamone nel cit. Can. Trullano. Ciò si praticò, come congettura l'istesso Autore, per liberare i cadaveri seppelliti fuori la Chiesa dalla vessazione degli spiriti immondi; ed in vero S. Benedetto fece seppellire il cadavere di un certo Monaco coll' Eucaristia nel petto, per lo motivo che due volte erasi trovato sopra la terra, dov' era stato seppellito.

(5) Anticamente i fedeli si comunicavano ogni giorno, o almeno frequentissimamente. *Erant perseverantes in communione & fractione panis &c.*, abbiamo presso S. Luca *Act.* 2. le quali parole i PP. interpretano della comunione Eucaristica. Doveansi comunicare tutti quelli, ch' erano presenti a i sacri misterj. Finalmente, raffreddatasi la carità de' fedeli, cominciarono i Canoni ad imporre la necessità di doversi i fedeli comunicare in certi giorni solenni. Il Sinodo Agatese nel Sec. V. prescris-

§. V.

Direm' ora alcune cose dell' Eucaristia considerata, come sacramento, e come sacrificio. Non debbonsi comunicare que', che non sono digiuni. Ciò non può ripetersi da precetto divino, anzi Cristo diè l' Eucaristia agli Apostoli suoi dopo la cena. Ma essendo tale l' antica consuetudine della Chiesa universale, di cui s' ignora il principio, devesi derivare da precetto Apostolico, giusta la trita regola di S. Agostino *ep.* 118. *ad Januar.*, e poichè S. Paolo *I. ad. Cor. II. v.* 34. trattando di quelli, che mischiavano l' Eucaristia co' cibi profani, disse, *cetera, cum venero, disponam*, cogettura S. Agostino, che gli Apostoli avessero fissata questa legge del digiuno. Nè il fatto di Cristo potea essere di obice, poichè molte co-

se

scrisse. *saeculares, qui in Natali Domini, Pascha, & Pentecoste non communicaverint, Catholici non credantur, nec inter Catholicos habeantur*. Così pure il Sinodo Turonense III. tenuto nel Sec. IX. *can.* 50. E' d' avvertirsi, che Graziano *de consecr. dist.* 2. *can.* 19. e 21. falsamente ascrive il canone Agatense al Conc. Eliberitano, e 'l Turonense a Fabiano Papa. Ma peggiorati i costumi de' Cristiani, il Conc. Lateranense (nel *cap.* 12. *de poenit. & remiss.*) stabilì, come si è notato di sopra, lo che venne confermato dal Tridentino *Sess. XIII. can.* 9. *de Eucharist.*

se operò Cristo, adattandosi alla ragione de' tempi, e de' luoghi, lasciando poi agli Apostoli la facoltà di diversamente disporle, su quale assunto lungamente ragionano S. Cipriano *ep. 63.* Agostino *loc. cit.* (6). Alle volte però a questa universal consuetudine fu dispensato in talune Chiese (7). Si dispensa al digiuno *in casu infirmitatis, aut alterius necessitatis a jure, vel ecclesia concesso, vel admisso*, al dir del Conc. Costanziese *sess. VIII.* Anticamente i fedeli nelle sacre ra-

(6) Cristo si battezzò nell'età di 30 anni. E chi direbbe di esser lecito ad un cristiano differire il battesimo fino al divisato tempo?

(7) In talune Città dell' Egitto, nel Sabato verso Vespero, dopo avei pranzato, convenivano i fedeli a prender l' Eucaristia, *præter communem consuetudinem*, al dir di Sozomeno *lib. VII. Hist. Eccl. c. 19.* Anzi i primi Cristiani sovente dopo le *Agape* presero l' Eucaristia. Αγαπαι erano un sobrio convito, che i Cristiani nella Chiesa comunemente solean celebrare, unendole coll' Eucaristia. Furono istituite, sì per mantenersi la mutua carità fra' fedeli, onde αγαπαι furono metonimicamente appellate *caritates*; come pure per rifocillare i poveri. Ne fecero menzione S. Paolo 1. *ad Cor. II. v.* 21. Tertul. *Apologetic. c.* 39. S. Cipriano *lib. III. contra Quirinum c.* 3. ed altri. Ma per gli abusi, e disordini, che ne derivarono, furono vietate dal Sinodo Laodic. *can.* 28. dal Cartagin. III. *can.* 43. e dal Trullano *can.* 74. I canoni di questi Concilj, poichè locali, non furono universalmenle ricevuti. In tempo di S. Agostino, e S. Crisostomo ancora erano in uso tali *Agape*.

dunanze si comunicavano sotto dell' una, e dell' altra spezie. V. il Card. Bona *rer. liturg. lib. II. c.* 18. Anzi alla volte agli assenti, ed agl' infermi si mandava l'Eucaristia sotto la spezie del pane, e del vino, Giustin. Martir. *Apol. II.* Sebbene per lo più gl' infermi comunicavansi sotto la sola spezie del pane. Per XII. e più secoli durò questa disciplina nell' occidente; indi cominciò a gire in disuso, e forsi prima nella Chiesa Gerosolimitana, dove i peregrini, per lo gran concorso, cominciarono a comunicarsi sotto la sola spezie del pane, come osserva P. De Marca. I Greci ancora si comunicano sotto l' una, e l'altra spezie.

§. VI.

Si dovean' i fedeli accostare alla comunione colla faccia, e colle mani lavate. Stavano non ginocchioni, come oggi, ma in piedi, col capo chino, e cogli occhi bassi. Questa fu, ed è ancora la disciplina de' Greci. Se i latini avessero praticato lo stesso, si pone in dubbio dal Card. Bona *rer. liturg. lib. II. c.* 17. §. 8., dice però, che oggi osservasi un vestigio dell' antica discipli-

na

na nella messa solenne del Romano Pontefice, dove il diacono si comunica in piedi. Si riceveva il pane Eucaristico nella mano adattata in forma di navicella, senza distinzione fra maschi, e donne. Per la prima volta su la fine del sec. VI. venne vietato alle donne di ricever l'Eucaristia nella nuda mano, come abbiamo dal *can.* 36. del Conc. Antisiodorense. I Greci più lungo tempo ritennero l'antico costume, come dal Conc. Trullano *can.* 101. E secondo congettura il Card. Bona *rer. litur. lib. II. c.* 17. §. 7. cominciò nell' occidente l'uso di riceversi colla bocca il corpo di Cristo, quando la forma del pane divenne tenuissima, cioè nel sec. XII. o XIII., perchè facilmente potea dalle mani cadere in terra. Il sangue succhiavasi per mezzo di una cannuccia, o si beveva coll' accostarsi il calice alla bocca di chi dovea comunicarsi (8). Dipoi cominciò a darsi

 il

(8) Si deve intendere però del calice *ministeriale*; Anticamente furono adoperati due calici nel sacrifizio: uno minore, in cui consacravasi il sangue, e ne bevevano il Sacerdote, ed i Ministri; l'altro più grande detto *ministeriale*, donde bevevano gli altri fedeli. Per lo concorso de' fedeli, soleasi nel calice ministeriale pieno di vino non consacrato rifondere una particella del puro

il corpo intinto nel sangue, lo che s'introdusse nel sec. VII. per lo pericolo dell'effusione. Gli Orientali perseverano ancora nell'antico istituto, e ricevono in un picciol cocchiajo le particole del pane consacrato infuse nel sangue.

§. VII.

Ora direm poche cose de' riti *liturgici*. Chiamasi *liturgia* un cert'ordine di lezioni, preci, e cerimonie da osservarsi nel sacrificio. Cristo nell'ultima cena celebrò il sacrifizio semplicemente, come abbiamo presso gli Evangelisti. Con qual rito gli Apostoli avessero celebrato la messa, è incerto. Che avessero recitato l'orazione Domenicale solamente, e la formola della consacrazione, insegnano Gregorio M. *lib. IX. ep. 12. ad Episcopos Siculos*, ed altri. Che avessero eziandio adoperato le preci, e gl'inni, ci lasciò scritto Criso-

puro sangue di Cristo, o una particella dell'ostia consacrata, per la ricevuta opinione, che in questa guisa convertivasi tutto il vino nel sangue di Cristo. V. Mabillonio *in Comment. prev. ad ordines Roman.* §. 12. *& seqq.* e Martene *de Antiqu. Eccles. ritib. lib. I. c. 4. art. 10. n. 10.*

ſoſtomo *Hom. XXVII. in* 1. *ad Corinth.* Certamente la liturgia nel II. ſec. era ſempliciſſima, come ce ne atteſta S. Giuſtino martire *Apol. II.* Onde le liturgie, che ſi attribuiſcono agli Apoſtoli Pietro, Giacomo, Matteo, egualmente che quella di S. Clemente, debbonſi riputare apocriſe. V. Martene *de antiqu. Eccleſ. rit. lib.* 1. *art.* 1., e Nat. Aleſſ. in *ſaec. I. art.* 3. Reſtituita la pace alla Chieſa, diverſe furono le liturgie, ſecondo le diverſe circoſtanze de' luoghi, e de' tempi: nell' Oriente le più celebri furono quelle di S. Giacomo, di S. Baſilio, e di S. Gio. Criſoſtomo: nell' Occidente la Romana, l' Ambrogiana, la Gallicana, la Spagnola, o ſia Mozarabica (9). Comunque ſieno ſtate le antiche liturgie, è certo, che quelle, come tutti gli altri divini uffizj, furono celebrate colla lingua volgare, e propria di ciaſcuna nazione; è chiaro da Origene *lib. VIII. contra Celſum*, da Caſſiadoro *in pſalmis XLIV.* e da molti antichi monumenti. Gregorio VII. fu il primo, che nel ſec. XI. proibì di celebrarſi i divi-

(9) Così detta, poichè occupata dagli Arabi quaſi tutta la Spagna, i Criſtiani furono chiamati *Mixtarabes*, corrottamente *Mozarabes*, cioè miſti cogli Arabi.

divini uffizj in lingua volgare, come osserva il Fleury *lib.* LXIII. *hist. eccles. n.* 8. e ciò per due motivi, sì per la maggior venerazione de' divini uffizj, come pure, perchè colla frequente traslazione delle lingue non ricevessero alterazione, e cambiamento le stesse divine sentenze. Riflette però il Fleury *disc. III. in Hist. Eccles. n.* 24. che i divini uffizj tanto più sono in pregio quanto meglio s' intendono. Il volgo non prezza ciò, che non comprende. Nè le versioni possono ledere le sentenze, quando vi si usi la dovuta attenzione, e ben si osservino gli Autografi.

§. VIII.

Ne' primi tre sec. della Chiesa, pel furore delle persecuzioni, non si potea in ogni giorno celebrare il sacrifizio. Solamenre della Domenica fa menzione S. Paolo *I. ad Corinth.* 16. Non altrimenti S. Giustino martire *Apol.* II. Restituita la pace alla Chiesa, diversa fu la disciplina. In alcune Chiese si celebrava tre volte la settimana, cioè nella Domenica, nella feria quarta, e festa, come ce lo attesta Epifanio *exposit. Fidei Cath.*

In

In alcune Chiese quattro volte; aggiuntovi il sabato, o altro giorno, in cui si celebrasse la memoria di qualche Martire, al dir di S. Basilio *Ep. ad Caesariam Patriciam*. In altre, la sola Domenica, giusta la testimonianza di S. Agostino *Ep.* 118. *ad Januar.* Nelle Chiese Africana, Spagnuola, e Costantinopolitana, in ogni giorno si celebrava, al dir dello stesso S. Agostino *Serm.* 54. e nella *cit. Ep.* ed altri. Finalmente s'introdusse il costume di celebrare cotidianamente, il quale però nel sec. VII. non si era ancora esteso per ogni dove, al dir di Mabillonio *Praef. ad sac. II. Benedict.* 8. 4. ma dipoi i sinodi ammonirono i Sacerdoti di celebrar ogni giorno. De' giorni liturgici V. il Card. Bona *lib. I. rer. liturg. c.* 3. *& seqq.* Anticamente il sacrifizio della messa poteasi iterare. Nel giorno del Natale del Signore tre volte da ciascun Sacerdote si consacrava. Che un tal costume fosse molto antico, è chiaro da Gregorio M. *Hom.* 8. In altri giorni più celebri anche si offeriva più d'una volta V. Bona *loc. cit. c.* 18. Martene *lib. I. de antiqu. Eccl. rit. c.* 3. §. 4. *&* 18. Leone il Grande *Ep.* 81. *ad Dioscor. Alexandrin. c.* 2. permise

di

di poter un medesimo Sacerdote in un istesso giorno iterare il sacrifizio in caso di necessità. Finalmente la cosa si ridusse ad arbitrio. Nel sec. XI. comianciarono le proibizioni, e 'l solo giorno di Natale fu eccettuato, in cui si permise celebrare tre messe, come tuttavia si costuma. Ne' primi sec. della Chiesa il tempo de' sacrifizj era per lo più la notte (10); e 'l luogo era qualunque, la privata casa, il cimeterio, il carcere. Restituita la pace alla Chiesa, si cominciò a celebrar di giorno e ad erigere templi a tal fine.

§. IX.

Finalmente ci resta a spiegare la distinzione fra messa *solenne*, e *privata*. La messa *solenne*, detta ancora *conventualis*, *capitularis*, *generalis*, *major*, è quella, che si celebra col canto, e colle solenni cerimonie, presente il clero, e 'l restante del popolo. La Messa *privata* era propria de' monaci, dove non permettevasi a' fedeli l' intervento, giacchè, dovendo i monaci menar vita solin-

(10) Perciò i Cristiani furono detti da' Gentili *natio latebrosa*, *& lucifuga*, presso Minuzio Felice.

ſolinga, e remota da ogni rumore, fu loro da' Canoni vietato di pubblicamente celebrare i ſacrifizj. E ſebben' eſſi anche celebravano le meſſe col canto, e colle ſolenni cirimonie, il facevano però ſenza l'intervento del popolo. Dipoi ceſsò tal divieto. Nel ſec. VIII. s' introduſſe prima da' monaci, e poi da preti altra ſpezie di meſſa privata, detta ancora *ſolitaria*, che ſi celebra dal ſolo Sacerdote, ſenza miniſtro, e ſenz' aſtanti. Ma vi ſi oppoſero i ſacri Canoni. Chi deſidera ſaper' altro delle coſe liturgiche, legga il Bona, il Bingamo, il Martene, ed altri.

C A P. V.

Della Penitenza.

§. I.

IL Sacramento della *Penitenza* (1) ſi ſuol definire da' Teologi eſſer quello, con cui *aſſolveſi*

(1) Denominata ancora con altri vocaboli: *ſacramentum abſolutionis*, & *confeſſionis*, *manuum impoſitio*, come

si da' peccati chiunque dopo il Battesimo fossevi incorso, purchè sia contrito, confessato, e risoluto di soddisfare. La quasi materia di questo Sacramento sono gli atti del penitente, cioè la *contrizione*, la *confessione*, e la *soddisfazione*. La *contrizione* si definisce dal Trident. *sess. XIV. c. 4. animi dolor, ac detestatio de peccato commisso cum proposito non peccandi de catero*. Questa è di due maniere; una dicesi *caritate perfecta*, la quale va unita *cum Sacramenti voto, hominem Deo reconciliat, priusquam Sacramentum actu suscipiatur*: l'altra dicesi *imperfecta*, o sia *attritio*, *quoniam vel ex turpitudinis peccati consideratione, vel ex gehenna metu communiter concipitur*, la quale, *si voluntatem peccandi excludat cum spe venia, peccatorem ad Dei gratiam in Sacramento panitentia impetrandam disponit*: son parole del Tridentino *cit. cap.* 4. La confessione sacramentale è necessaria *de jure divino ad salutem*, e con quella si devono deporre all'orecchio di un sol Sacerdote *secrete omnia, & singula peccata mortalia, quo-*

come nel *can.* 76. del conc. Cartag. IV., ed alle volte per non confondersi cogli altri sacramenti, *manuum impositio reconciliatoria: communiontio, communio*; e *pax*.

quorum memoria cum debita, & diligenti praemeditatione habeatur, etiam occulta, & circostantias, quæ peccati speciem mutant, son parole dello stesso Tridentino can. *6. & 7.* (2). La soddisfazione è una pena, cui il penitente sottometteſi, *pro arbitrio Sacerdotis*, il quale ha il dritto d'imponerla. Diceſi comunemente *pœnitentia*, della quale accennnaremo poche coſe, giuſta il noſtro iſtituto.

§. II.

La Penitenza è, o *pubblica*, o *privata*. Quella riguardava i gravi peccati, (3) i quali parimenti

(2) Della confeſſione pubblica abbiamo molti eſempj negli antichi monumenti. Non deve dirſi vietata da Criſto, giacche naſce dalla umiltà del penitente, al dir del Tridentino *Seſſ. XIV. c.* 3. e nemmeno deve dirſi impoſta da eccleſiaſtica legge, S. Leone *Ep.* 136. Anticamente i penitenti confeſſavano i di loro peccati seduti, la qual conſuetudine ſerbano ancora i Greci. Preſſo i Latini s'introduſſe da' Monaci il coſtume di far la confeſſione ginocchione, che nel principio del Sec. XII. ſi eſteſe a' Secolari ancora.

(3) I peccati ſono, o lievi, cioè veniali, che da S. Agoſtino ſi dicono *peccata infirmitatis, aut imperitiæ*, *Quaſt. lib.* 83. *q.* 26. o gravi, o ſieno mortali, che 'l medeſimo S. Agoſtino chiama *peccata malitiæ*, ed i PP. in

menti erano, o pubblici, o occulti. Che i pubblici peccati dovessero con pubblica penitenza espiarsi, fu costante dottrina della Chiesa, insegnata dall' Apostolo *I. ad Timoth.* 5. e confermata da' PP. Tribent. *sess. XXIV. c. 8. de ref.* Anzi anticamente i Vescovi per mezzo delle censure, ed indi coll' *implorazione del braccio secolare*, obbligavano i pubblici peccatori alla pubblica penitenza. V. Morino *lib. 7. c. 4. e 5. de administr. poenit.* Che anche i peccati occulti si fossero espiati colle pubbliche penitenze, si dimostra dallo stesso Morino *lib. 5. c. 9. e 11.* Eravi però molta differenza fra le pubbliche penitenze de' peccati pubblici, e le pubbliche penitenze de' peccati occulti, come si potrà leggere presso il lodato Morino *ibid.* (4). Quest' antichissima disciplina di pub-

in una parola *crimina*, *scelera*. I peccati leggieri si curano *oratione quotidiana*, & *privata compunctione*, giusta il sentimento de' SS. PP. V. S. Agostino *de Symbolo ad Catechum*.

(4) Non vi era pericolo della rivelazione del sigillo nell' imporre le pubbliche penitenze per li peccati occultj, poichè in que' felici tempi della Chiesa molti, ancorchè puri, ed innocenti, per umiltà si sottoponevano alla pubblica penitenza. Se poi il Confessore prevedea, che colla pubblica penitenza facilmente potea-

pubblicamente gastigare gli occulti delitti, fu serbata presso i Greci fino a Nettario Vescovo Costantinopolitano, il quale visse nella fine del IV. sec. presso i Latini fino al sec. XII. ed in alcuni luoghi fino al principio del sec. VIII; quindi derivò quella regola trita del Jus Canonico, *de peccatis publicis publice, de occultis occulte pœnitendum*, *cap.* 1. *de pœnit. & remiss.* Ne' tre primi secoli eziandio i Chierici maggiori si sottoponevano alla pubblica penitenza; ma nel sec. IV. ne vennero esentati. V. il precitato Morino, ed anche Nat. Aless. *in sec. III.* 3. 9. 1. *art.* 1. Ma ricevuta questa dottrina, niente si mutò delle penitenze canoniche (5); e solamente quella penitenza, ch'era pubblica, divenne privata.

 §. III.

tea rimaner rivelato il sigillo, la commutava in privata. V. Morino *l. cit. c.* 8. Si avverta però, che non tutt'i peccati mortali si sottoponevano alla pubblica penitenza, ma solamente i più gravi, come l'idolatria, l'omicidio, l'adulterio, il sacrilegio, il furto violento, la violazione de' sepolcri, ed altri delitti, che venivan vendicati dalle leggi de' Principi con pena capitale, siccome dottamente dimostra Nat. Alels. *in Sec. III. diss.* 6. *q.* 1. *art.* 1. *prop.* 11.

(5) Anzi divennero più severe; si pensava, che la pena imposta da' canoni per una spezie di peccato, doveasi soddisfare per ogni volta, che 'l peccato erasi commesso

§. III.

Ne' primi tempi della Chiesa per la pubblica penitenza non erano stabiliti certi tempi, nè certi riti, ma tutto rimetteasi all' arbitrio del Vescovo. Dopo lo Scisma Novaziano, che sbucciò quasi nella mettà del III. sec., furono stabiliti certi tempi, e certe solennità per la penitenza, per così con atti esteriori ancora abbattere l'errore de' Novaziani, i quali negavano alla Chiesa la potestà di rimettere i gravi peccati. Quindi furono stabilite certe stazioni, o sieno classi de' penitenti, ch'erano quattro *Flentes*, *Audientes*, *Substrati*, *& Consistentes*. *Flentes* stavan' avanti le porte della Chiesa, dove colle lacrime pregavano i fedeli ad intercedere presso Iddio, e presso il Vescovo, per-

messo, onde secondo il numero delle volte crescevano gli anni della penitenza, p. e., se per l'adulterio erano prescritti dieci anni di penitenza per dieci adulterj si dovean sodisfare cento anni di penitenza; lo che rendeva ridicoli i canoni, e la penitenza impossibile, al dir del Fleury *disc. III. in Hist. Eccles. n.* 16. Ciò però avvenne ne' secoli barbari, giacchè gli anrichi non intendevan così. S'inventarono ancora alcune spezie di penitenza, ignote agli antichi canoni, e poco conformi all'indole della penitenza, come il circolo ferreo, le verghe, e flagelli a sangue, le incerte, e vaghe peregrinazioni.

perchè venissero ammessi frà penitenti. Dunque questo grado non era propriamente de' penitenti, ma come un *preambolo* alla penitenza. *Audientes* erano quelli, i quali nella Chiesa, e propriamente nella *nartece*, venivan' ammessi a sentire la scrittura, e i sermoni, e dopo venivano cacciati di unita cogli Etnici, e Catecumeni (6). *Substrati*, o siено *genuflectentes*, o, come li chiama S. Gregorio, *subjecti*, entravano nella Chiesa, ma non oltrepassavano l' *Ambone*, dove, dopo dimessi gli *audienti*, ginocchioni ricevevano l' imposizione delle mani da' Vescovi sotto certe preci: e fra di tanto si esercitavano nelle dure, e laboriose opere. Finalmente *consistentes*, così detti, perchè loro era lecito, dopo usciti i catecumeni, e gli altri penitenti, *consistere* nella Chiesa co' fedeli, e orare, ma non si facevano partecipi del corpo, e sangue di Cristo (7). I penitenti, allorchè si

(6) Questi penitenti per aver gravemente peccato, sembravano non aver ben' appreso i rudimenti della fede, e perciò si mandavano di nuovo ad impararli, lo che era grande obbrobrio.

(7) Ciò significavano quelle parole *sine oblatione cum populo in precibus communicare*. Conc. Nicen. can. 11. e perciò questa quarta stazione veniva detta ancora *segregatio*, *separatio*, *excommunicatio*.

ſi accoſtavano a' Veſcovi, per ſottoporſi alla penitenza, ſi doveano veſtir di ſacco, ed aſpergere di cenere, come pure i maſchi doveanſi radere il capo, e le femine ſi dovevano toſare i capelli in parte, ed in parte ſcarmigliare (8). Inoltre i penitenti doveano macerare il di loro corpo co' frequenti digiuni, dare limoſine a' poveri, ed orare ginocchioni, anche ne' giorni, ne'quali gli altri fedeli oravano in piedi nella Chieſa (9): come pure traſportare, e ſeppellire i morti. Si doveano aſtenere dalli bagni, dalli conviti, dalle nozze, e dall'uſo del matrimonio.

§. IV.

Queſta diſciplina della canonica penitenza perdurava ancora nell' oriente nella fine del VII. ſec. come abbiamo dal Concil. Trullano *can.* 87. e dipoi a poco a poco andò a mancare. Nell' occi-

(8) Fu ancora coſtume di velarſi le donne *velamine pænitentiæ*, Tolet. III. *can.* 12.

(9) Cioè ne' giorni di Domenica, e per tutto il tempo fra la Paſqua, e Pentecoſte, quali giorni diconſi *dies remiſſionis* nel can. 8. del Concil. Cartag. IV. Siffatto coſtume ebbe per ragione, che in tali giorni ſi celebrava la memoria della reſurrezione di Criſto.

occidente continuò fino al principio del sec. XII. ed indi si vide cessare. Tre ne furono le cagioni. I. la commutazione della penitenza canonica con qualche opera laboriosa, che risultava a vantaggio della Chiesa, come il prendere l' armi avverso gl' Infedeli &c. II. la commutazione della penitenza in qualche somma per edificare, o ristorare la Chiesa, ed anche per rifare i ponti, le vie &c. III. la comune opinione de' Teologi surta nel sec. XIII., che le penitenze nel foro della coscienza si dovessero dall' arbitrio de' Sacerdoti decretare. Da ciò avvenne, che i canoni penitenziali furono posti in non cale con sommo danno della Chiesa. V. Morino *lib. X. c. 16. e 25.*, e Muratori *diss. de redempt. peccat. & de indulgent. orig. To. 5. antiq. medii avi.* E si rifletta, che soprattutto l' uso delle sacre Indulgenze a poco a poco fece decadere, e finalmente mandò in obblio i libri Penitenziali. Sebbene sieno cessati i solenni riti della canonica penitenza, e l' esterior rigore de' canoni penitenziali (10), nondimeno è rimasta la pubblica peni-

 tenza

(10) Quantunque le penitenze s' impongano ad arbitrio

tenea per i pubblici peccati, *cap. 1. de pœnit. & remiss. Conc. Tridentino sess. XXIX. cap.* 8. e poichè è uniforme alla giustizia naturale, e divina, siegue, che non si puol rimettere, se non se per qualche giusta causa d'approvarsi dal Vescovo, il quale debba vedere, se sia espediente qualche volta di commutarla colla privata, Trident. *cit. cap.* 8.

§. V.

La forma di questo Sacramento sono quelle parole dell'assoluzione: *Ego te absolvo &c. Quibus de Ecclesia more preces quædam laudabiliter adjunguntur, ad ipsius tamen essentiam nequaquam spectant*, al dir del Tridentino *cap.* 3. *e* 6. La formola dell'assoluzione nell'antica disciplina non fu diretta, ma *precativa*; come diffusamente ne scrisse Morino de *administr. pœnit. lib. VIII. cap.* 8. *& seqq.* Così ancora costuma la Chiesa orientale. Ma presso i Latini fin dal tempo di S. Tommaso

bitrio del Confessore, pure oggi non è diverso il fine della Chiesa, per conseguir il quale dovrebbero i Confessori porre tutto lo studio nel leggere i canoni penitenziali, giusta l'insegnamento di S. Carlo Borromeo.

maso (come ce ne fa egli testimonianza *opusc.* 22. *cap.* 2.) cominciò ad usarsi la formola dell' assoluzione diretta, e questa oggi è ricevuta. E' dogma infallibile, che la Chiesa abbia da Cristo la potestà di rimettere i peccati, senza eccezione alcuna, *Jo.* 20. *v.* 23. S. Paolo 1. *ad Cor.* 2. che che ne dicano in contrario gli empj Montanisti, e Novaziani.

§. VI.

Il ministro di questo Sacramento è il Vescovo, o il Prete, Trident. *sess. XIV. cap.* 6. Anticamente la potestà di riconciliare i penitenti, specialmente i pubblici, fu presso i Vescovi: il Preti nel solo caso di necessità, con licenza de' Vescovi, potevano assolvere. Quelli, che facevano pubblica penitenza de' peccati occulti, poteano essere assoluti da' Preti, anche senza intesa de' Vescovi. Dipoi, tolta all' intutto la pubblica penitenza de' delitti occulti, ed introdotta nel sec. XIII. (come congettura Morino *lib.* 5. *c.* 25.) da' Teologi Scolastici la distinzione fra la penitenza *privata*, *pubblica*, *e solenne*, fu conceduta a' Preti l' autorità d' imporre, anche senza special

mandato del Vescovo, la pubblica penitenza per li peccati pubblici, riserbata al Vescovo la sola penitenza solenne. Ben inteso, che amministravano la penitenza que' soli Preti, che i Vescovi si aveano prescelto per coadjutori nella cura delle anime, detti *Presbyteri proprii*, *Sacerdotes proprii*, o sieno *Parochi*. Dipoi, istituiti i Frati mendicanti, ebbero costoro dal sommo Pontefice il privilegio speciale di sentire le confessioni, per cui i Vescovi concedettero la stessa facoltà anche a que' preti, che non aveano la special cura delle anime. Ma bisogna quì avvertire, che i Parochi *jure ordinario*, cioè *jure beneficii sui*, hanno l' autorità di sentire le confessioni de' di loro Filiani; gli altri Preti, sieno secolari, sieno regolari, nol possono, *nisi ab Episcopis per examen, si illis videbitur necessarium, aut alias idonei judicentur, & adprobationem obtineant, privilegiis, & consuetudine quacunque, etiam immemorabili, non obstantibus*, giusta le parole del Conc. Tridentino *sess. XXV. cap. 25. de ref.* su le quali è degnó leggersi il Commentario di Giovenino *q. 7. de absolut. cap. 3. art. 3.* Tutto il resto concernente questo Sacramento leggasi presso i Teologi.

CAP.

CAP. VI.

Dell' estrema Unzione.

§. I.

Questo Sacramento, che vien detto *oleum sanctum*, *Chrismatis oleum*, *oleum infirmorum*; o solamente *oleum*, e comunemente *estrema Unzione*, si definisce, esser quello, con cui *si conferisce la grazia*, *si astergono i delitti*, *e le di loro reliquie*, *e si alleviano gl' infermi*, Tridentin. *sess. XIV. de Sacram. extrem. unct. c.* 2. Dalle parole di S. Giacomo Apostolo *Ep. Cathol. c.* 5. *Infirmatur quis in vobis*, *inducat Presbyteros Ecclesiæ*, *& orent super eum*, *ungentes eum oleo in nomine Domini*, facilmente s' intende qual fosse la materia, la forma, e'l Ministro di questo Sacramento. La materia remota è l' olio di olive, puro, (1) *ab Episcopo benedictum*, al dir dello stesso Concilio *loc.*

(1) Non ostano le parole d' Innoc. I. *in Ep. ad Decent.* allochè disse essere la materia di questo Sacramento *oleum Chrismatis*, onde taluni Scolastici opinarono, che gli antichi Cristiani si fossero unti col sacro Cris-

loc. cit. Nella Chiesa Greca si consacra l'olio dal Prete per ogni volta, che bisogna: nella Latina dal solo Vescovo nel Giovedì Santo, e si distribuisce fra' Parochi. La materia prossima è la stessa unzione. E poichè S. Giacomo niente determinò circa le parti da ungersi, perciò fu varia la disciplina della Chiesa. Anticamente par, che siasi unta una sola parte, cioè il petto, come osserva Mabillonio *Pref. ad saec. I. Benedict. n.* 97. indi s'introdusse il costume di ungersi più parti, tra le quali si costumò in alcuni luoghi di ungersi la parte affetta dal male, dove credevano alludere quelle parole di S. Giacomo, *& alleviabit eum Dominus*. Secondo il costume presente della Chiesa Latina si ungono cinque organi de' sensi, ed inoltre i reni, ed i piedi, sebbene nelle donne si tralascia l'unzione de' reni per verecondia, come pure ne' maschi, quante volte l'infermità nol permettesse. La disciplina della Chiesa Orientale fu anche varia. La presente ci vien descritta da Arcudio *lib.* 5. *cap.* 7. colle seguenti parole,

Gra-

Crisma, cioè coll' olio, e col balsamo. Imperocchè alle volte presso gli Scrittori Ecclesiastici la parola *Chrisma* dinota il mero olio degl' infermi. χρίω non significa altro, che *ungo*.

Græcorum Sacerdotes ungunt ægri frontem, mentum, ambas genas, deinde pectus, tum manus, idque ex utraque parte, postremo pedes.

§. II.

La forma di questo Sacramento consiste nelle parole, che la Chiesa Latina da molti secol adopera in questa guisa, *per istam sanctam unctionem, & suam piissimam misericordiam indulgeat tibi Deus quicquid deliquisti per visum, auditum, olfactum, gustum &c.* Trident. *sess. XIV. cap.* 1. ed i Greci ungono colla formola *deprecativa*, che leggesi nell' Eucologio, e comincia πατερ αγιε *pater sancte*, in dove, oltre Iddio, s' invocano più Santi.

§. III.

Per dritto divino il Ministro di questo Sacramento è il Vescovo, o 'l Prete; imperocchè dice S. Giacomo *inducat Presbyteros*, sotto il qual vocabolo s' intendono i Vescovi, ed i Preti, come c' insegna Innoc. I. *Ep. ad Decent. cap.* 8. Sebbene

§. IV.

Che questo Sacramento dovesse darsi agl'infermi, lo dimostra S. Giacomo con quella parola *infirmatur*. Quelli debbonsi dire infermi, secondo c'insegna Eugenio IV. in *Decreto, de quorum morte timetur*, o che sia vicino il pericolo della morte, o che sia lontano, purchè il morbo sia tale, che l'infermo sembri essere in grave pericolo di vita, Trident. *sess. XIV. c. 3.* I Canoni dunque dimostrano, che non si debba aspettare, che l'infermo sia nell'ultimo periodo di vita, quando non sarebbe in istato di avvertire (3), ma dev'essere in retti sensi, ed anche nello stato tale, che possa facilmente restituirseli la salute del corpo. I Greci presero la parola *infirmatur* in senso più amplo, e vi compresero non solo l'infermità del corpo, ma eziandio quella dello

(3) Nell'Occidente dopo il Sec. XII. s'introdusse l'abuso di darsi l'estrema unzione nell'articolo di morte: e ne fu cagione l'ignoranza del volgo, per cui nell'Inghilterra, e nella Gallia credevasi, che dopo ricevuto l'olio santo non fosse stato più lecito l'uso del matrimonio, il mangiar carne, il caminare a piedi nudi, il far testamento. V. Mabillon. *praef. in Sec. I. Benedict. n.* 100. Più Canoni condannarono questo erroneo costume.

dello ſpirito: onde ci atteſta Goario *not. ad officium S. Olei*, che nel giovedì ſanto, dopo che il Veſcovo ha conſacrato l'olio, ſi ungono tutti gli aſtanti; e tale unzione, come eſpiatrice de' peccati, ſi premette all' Eucariſtia (4).

§. V.

All'eſtrema unzione preceder dee la confeſſione ſacramentale, e l'aſſoluzione. Anticamente ſi facea precedere all'Eucariſtia, per la ragione, che i PP. chiamarono queſto Sacramento *Pœnitentiæ conſumativum*, Trident. *cit. ſeſſ.* 14. *cap.* 1. Perdurò queſto coſtume fino al ſec. XIII., ed indi s' introduſſe l' altro di ungerſi gl' infermi dopo l' Eucariſtia, come tutta via ſi oſſerva (5).

§. VI.

(4) Se queſta unzione, che i Greci praticano a' Criſtiani coſtituiti in buona ſalute, debba dirſi *ſacramentale*, o pure *cerimoniale*, ſi quiſtiona: V. Giovenino *de Sacram. diſſ. 6. q. VII. cap.* 3.

(5) Il motivo di queſta nuova diſciplina leggaſi preſſo Mabillon. *cit. praf. n.* 98.

§. VI.

In caso di nuova infermità si puol ripetere l'estrema unzione, poichè non imprime il carattere, Conc. Trident. *cit. sess. XIV*. Ma nella medesima infermità non si deve iterare. V. il Rituale Romano *tit. de extr. unct.*

C A P. VII.

Dell' Ordine

§. I.

L'*Ordine* è un Sacramento, col *quale si dà la spirituale potestà di consecrare, e distribuire l'Eucaristia*. Del numero, distinzione, ed istituzione degli ordini, si trattò nell' Append. al lib. I. Bisogna quì avvertire, che siccome è fuor di dubbio, che 'l Presbiterato, o sia Sacerdozio sia ordine, e Sacramento, così poi è in quistione frà Teologi, se 'l Vescovato, e 'l Diaconato sieno Sacramenti realmente distinti dal Sacerdozio, e se l'Ostiariato, l'Esorcistato, il Lettorato,

rato, l'Acolitato, e 'l Suddiaconato sieno meri ordini, o eziandio Sacramenti. Lasciamo ad essi il disputarne. Diciamo solamente, che la sentenza de' più cordati Teologi si è, che 'l Vescovato, e 'l Diaconato sieno Sacramenti effettivamente distinti dal Sacerdozio; e che 'gli ordini minori, come pure il Suddiaconato, sieno ordini, non già Sacramenti (1).

§. II.

Della materia, e forma dell'ordine, così la discorre Eugenio IV. in *Decret. materia est illud, per cujus traditionem confertur ordo, sicut Presbyteratus traditur per calicis cum vino, & patenæ cum pane porrectionem.. & similiter de aliis per rerum ad ministeria sua pertinentium assignationem. Forma Sacerdotalis est, accipe potestatem offerendi sacrificium in Ecclesia pro vivis, & mortuis in nomine Patris, & Filii, & Sp. S., & sic de aliorum ordinum formis prout in Pontificali Romano*

(1) Nè osta, che ciascun'ordine ha la propria materia, e forma, poichè queste non sono da se sole sufficienti a costituire il sacramento, quando non costa della divina istituzione.

no late continetur. Questo luogo di Eugenio ha somministrato largo campo a' Teologi di quistionare circa la materia, e forma. L' Eucologia si antica, che moderna, de' Greci stabilisce per materia la sola imposizione delle mani, per forma la orazione, che recita il Vescovo nell' imporre le mani, nè giammai la Chiesa latina ha dubbitato della validità degli ordini conferiti dalla Chiesa Greca. All' incontro presso i Latini sembra introdotta la tradizione degl' istrumenti non prima del sec. X., come dimostra Morino nelle sue esercitazioni *de SS. ordinat.* (1). Finalmente quelle stesse cose, e parole, che Eugenio propone, come materia, e forma, non sono *essenziali* dell' ordine, siccome sostengono dottissimi Autori: giacchè Eugenio nel suo Decreto non ebbe nell' animo d' insegnare agl' Armeni le materie, e forme *essenziali* dell' ordine, da quelli ben risapute, sì bene il solo particolare rito della Chiesa Romana. Non è del nostro istituto diffonderci su questo assunto. Bisogna però por mente a quella regola, *essere in arbitrio della Chiesa di apporre a' Sacramenti*

(1) Gli Apostoli crearono i Diaconi coll' imposizione delle mani, *Att. VI. 6.*

menti nuove condizioni da osservarsi per la validità: com'è chiaro coll'esempio del matrimonio di cui ragionammo lungamente nel lib. I.

§. III.

Ordinarius Minister hujus Sacramenti est Episcopus, al dir di Eugenio *ibid.* Dico *ordinarius*: imperocchè i Preti Cardinali della Chiesa Romana nelle di loro Parocchie per forza di legittima prescrizione conferiscono la tonsura, e gli ordini minori, come pure gli Abbati, purchè l'ordinando sia di loro suddito, e sia regolare, Conc. Nic. II. *can.* 14. Trident. *sess. XXIII. de ref. c.* 10. Molti Abbati hanno il privilegio ancora di ordinare i Suddiaconi. Che non solo i Diaconi, ma eziandio i Preti si potessero dal Prete con ispecial delegazione del Papa ordinare, fu opinione della Gl. nel *can.* 4. *dist.* 5. *de consecr.*, e di molti Canonisti, e Teologi. V. Morino *de SS. ordinat. p.* 3. *exor. cit.* 4. *c.* 4. Ma questa opinione si oppone alla costante disciplina della Chiesa.

§. IV.

§. IV.

Devesi ognuno ordinare dal proprio Vescovo. Per vedersi chi sia il proprio Vescovo devesi distinguere fra l'antica, e nuova disciplina. Nell'antica disciplina i chierici, che doveansi promuovere a gradi maggiori nell'ordine, doveansi ordinare da quel Vescovo, che la prima volta loro conferì il chiericato. I laici si potevano ordinare da qualunque Vescovo, purchè costasse dell'integrità de' di loro costumi. Per X. e più sec. durò questa disciplina: dopo sortì cambiamento, e fu ricevuta la dottrina, che per dirsi il Vescovo *proprio* per rapporto all'ordinazione, dev'essere tale *ratione originis*, *beneficii*, *domicilii*, *cap.* 30. *de temp. ordinat. in* 6., *&* *ratione familiaritatis*, *Tridem. sess.* XXIII. *de Ref. cap.* 9. Il Vescovo dell'origine è quello, nella di cui diocesi l'ordinando è nato (3). Il Vescovo del benefizio è quel-

(3) Sebbene per dritto civile il nome dell'origine si estenda puranche alla patria del padre, com'è chiaro da Ulp. nella *l.* 6. §. 1. *ad municipalem*; nondimeno per comune sentenza de' Canonisti si restringe alla sola patria dell'ordinando, e perciò non puole il Vescovo del luogo, dove è nato il padre dell'ordinando, ordire il figlio nato altrove.

quello, nella cui Diocesi l'ordinando possiede il benefizio; il Vescovo del domicilio è quello, nella di cui diocesi l'ordinando ha costituito il domicilio, come stabilì Bonif. VIII. nel *cap. 3. de temp. ordinand. in 6.* (4). Finalmente il Vescovo detto proprio per ragione della *familiarità* si è quello, il quale tiene l'altrui suddito per un intero triennio fra li suoi familiari, e al medesimo conferisce un benefizio *quacunque fraude cessante statim reipsa*, al dir del Tridentino (il quale istituì questo titolo) *sess. XXIII. de Ref. cap.* 9. Rispetto a' regolari, quello dicesi Vescovo proprio, nella di cui diocesi esiste il monistero, dove essi stanno situati di famiglia, Trident. *cit. sess. cap.* 8. Ma questo dritto fu soggetto a diverse vicende per le diverse Decretali de' Pontefici da tempo in tempo promulgate, le quali talora favorivano la libertà de' regolari, e talora la discipli-na

(4) Il Pontefice ebbe mira al dritto civile, in forza del quale intendesi costituito il domicilio, *ubi quis larem, rerumque, ac fortunarum suarum summam constituit: unde rursus non sit discessurus, nisi necessitate avocetur: unde cum profectus est, peregrinari videtur: quo si rediit, peregrinari jam destitit*, come rescrissero Dioclez. e Massim. nella *l. 6. C. de Incolis*. Onde il domicilio deve estimarsi più tosto dall'animo, che dal numero degli anni.

na Ecclesiastica. Finalmente la sacra Congregazione addetta alla interpretazione del Concilio sotto Clem. VIII. stabilì non essere permesso a' Superiori regolari di spedire le dimissoriali a' di loro sudditi per farli ordinare da qualunque Vescovo, ma li devono dirigere al proprio Vescovo presente, il quale tenga ordinazione; in assenza poi del Vescovo Diocesano, o che l'istesso non tenga ordinazione, possano dirigere le dimissoriali a qualsivoglia Vescovo, purchè il Vescovo medesimo esamini l'ordinando circa la scienza, ed i Superiori regolari non differiscano maliziosamente la spedizione delle dimissorie per cogliere il tempo, o dell'assenza del Diocesano, o che per altra causa non celebri l'ordinazione. Devono però siffatte dimissoriali essere munite dell'attestazione del Vicario Generale, o del Secretario, o Cancelliere del Vescovo impedito, o assente, siccome stabilì Bened. XIV. nella *costit.* 17. *to.* 2. *bullar.*

§. V.

Or dunque il Vescovo proprio, impedito per qualche giusta causa, puole concedere a' suoi

sudditi le lettere dimissoriali, per essere ordinati da altro Vescovo, ed indi ritornare all' istesso dimittente. Si devono però concedere le dimissoriali a que', che sono approvati precedente esame, Trident. sess. 23. *de ref. c.* 3. Che se il Vescovo estraneo, senza le dimissoriali del proprio Vescovo, conferisca la chierical tonsura, o gli ordini, rimane sospeso *a collatione ordinum per annum, & ordinatus a susceptorum ordinum executione, quamdiu proprio ordinario videbitur expedire*, giusta le parole del cit. Concilio *cap.* 8.

§. VI.

Agli ordini si deve ascendere *gradatim*. Onde abbiamo il titolo delle Decretali *de clerico per saltum promoto*. Nell' antica disciplina non era necessaria la progressione di tutti gli ordini. E non solamente degli ordini minori se ne tralasciava uno, o più, ma eziandio soleansi omettere gli stessi ordini maggiori. Così, quando i Diaconi venivano prescelti Vescovi nella Chiesa Romana, tralasciavasi il Presbiterato, come abbastanza vien dimostrato da G. Mabillon, *comm. pravio in*

or-

ordinem Romanum §. 18., e da Franc. Pagi *breviar. chron. in Sabiniano Papa*. Molti esempj abbiamo di coloro, che ancor laici, furono promossi al Presbiterato (5). La nuova disciplina non permette tralasciarsi, neppure uno de' minori ordini. Onde gli ordinati *per saltum*, dopo supplitì gli ordini omessi, saran dal Vescovo abilitati a *ministrare* nell' ordine loro conferito, *cap. un. cit. tit.* Purchè non avessero ministrato nell' ordi-

(5) Il Tommasini *Discipl. P. 1. lib. 2. cap. 35.* colla solita erudizione dimostra, che ne' primi secoli, tanto appresso i Greci, che appresso i Latini, talvolta tutti gli ordini minori, talvolta parte di essi si ommettevano nell' ascendere agli ordini maggiori; ma che nell' una, e nell' altra Chiesa mai non fu ommesso alcuno degli ordini maggiori nelle promozioni a' superiori; vale a dire, che mai non fu ommesso il Diaconato in chi veniva promosso al Sacerdozio, nè il Diaconato, e 'l Sacerdozio in chi era portato al Vescovato. *Cap. 36.* Ove di più reca degli esempj, che sembrano mostrar il contrario, e vi ci adduce le giuste dichiarazioni, chiudendo in fine: *negativa exempla, & argumenta hujusmodi non satis habent momenti, cum in silentio tota vis eorum sit, ut in comparationem veniant cum iis, quæ sumuntur, & a conceptis canonum, decretorumque verbis, quibus apertissime prohibetur, ne quis ullum unquam e superioribus omittat ordinem, dum ad majorem promovetur; & ab exemplis contrariis, in quibus id constanter observatum est, & Diacono, si Episcopus electus esset, tollatam ante fuisse Presbyteratum, & laico, si Presbyter eligeretur, Diaconatum*. Lo stesso, che il Tommasini, conferma Monsignor Mansi nelle sue animadversioni a questo capitolo.

ordine *per saltum* ricevuto, poichè in tal caso si richiede la dispensa del sommo Pontefice, Triden. *sess.* 23. *de ref.*

§. VII.

In oltre fra gli gradi degli ordini deve intercedere tanto tempo, *per quod & morum probitas, & constantia, & moderatio possit cognosci*, son parole del conc. Sardic. *can.* 10. Gl' intervalli di tempo fra l' uno, e l' altro ordine si dicono *interstitia ordinum*. Varia fu la disciplina della Chiesa, ma oggi per dritto novissimo il tempo degl' interstizj è definito. Pel suddiaconato un'anno dal dì della collazione dell' ultimo ordine, Trident. *sess.* 23. *de ref. c.* 11. E fra gli stessi ordini maggiori richiedesi almeno un' anno d' intervallo, Trident. *cap.* 13. & 14. *sess. cit.* Gl' ordini minori si devono conferire con intervallo di tempo ad arbitrio del Vescovo, Trident. *loc. cit. c.* 11. Puole il Vescovo dispensare eziandio agl' interstizj degli ordini maggiori, se così gli sembri *ob Ecclesiæ utilitatem, aut necessitatem*, Trident. *ibid.* Ma vieta a Vescovi *duos sacros ordines eo-*

dem

dem die, etiam regularibus, conferri, privilegiis, ac indultis quibusvis concessis non obstantibus quibuscunque, cap. 13.

§. VIII.

Per III. secoli della Chiesa, e più si ordinò in ogni tempo. Dopo restituita la pace alla Chiesa, s' introdusse nella Chiesa Latina di celebrarsi le ordinazioni de' Vescovi, de' Preti, e de' Diaconi nel giorno di Domenica, la qual disciplina era già ricevuta nel principio del V. secolo, Leon. M. *Ep. XI.* presso Graziano *can.* 4. *&* 5. *dist.* 75. Non durò molto questa disciplina. Colla costituzioue di Gelasio *P. Ep.* 1. *ad Episc. Lucan. cap.* 13. *cit. dist. can. ult.* fu stabilito, che le ordinazioni de' Preti, e Diaconi si fossero celebrate quattro volte per ciascheduno anno, cioè *jejunio* (6) *mensis quarti*, cioè di Giugno (poichè anticamente anche i Cristiani numeravano l' anno dal mese di Marzo) *septimi*, cioè di Settem-

(6) *Ex consuetudine, qua ex Apostolica doctrina venit*, dice Leone *cit. Ep.*, imperocchè gli Apostoli *jejunantes, & orantes* imposero le mani a Paolo, a Barnaba, *Act.* 13. *v.* 2.

tembre, *decimi*, cioè di Dicembre, *& quadragesimalis initii*, cioè della prima settimana di Quaresima. E questi sono i solenni digiuni de' *quattro tempi* dell'anno. Oltre di questi, fu stabilito il sabato *sitientes*, che Gelasio designò coll'espressione *mediana quadragesima*. Ed indi s' introdusse il costume di tenere l' ordinazione de' Sacerdoti, e Diaconi eziandio nel sabato Santo *cap.* 3. *ex. de tempor. ordin.* Onde nella Chiesa Latina (7) i tempi destinati a celebrar l'ordinazione giunsero al numero di sei. Gli ordini minori si possono conferire ne' giorni di Domenica, e nelle feste, cit. *cap.* 3. Per potersi i Preti, Diaconi, e Suddiaconi ordinare fuori de tempi per dritto stabiliti, evvi bisogno della dispensa del Pontefice.

§. IX.

L'età degl'ordinandi non fu sempre la stessa. Anticamente si richiedea una più lunga età: poi fu ristretta, com'è chiaro delle *dist.* 77., *e* 78. di

(7) I Greci per antichissima disciplina non han tempo prefisso per le ordinazioni, *cap.* 9. *&* 11. *de temp. ordin.*

di Graziano, dal *cap.* 7. §. 2. *de elect.* dal *cap.* 12. *eod. in* 6. e dalla clem. 3. *de aet. & qualit. ordin.* Su questo assunto lungamente ragiona il Tommasini *P. I. lib.* 2. *cap.* 60. *& seqq.* Il Conc. Tridentino richiese pel Suddiaconato l'età di anni 22., pel Diaconato 23., pel Presbiterato 25., *sess. XXIII. cap.* 12. Il luogo dell'ordinazione ne' tempi delle persecuzioni non fu solamente la Chiesa, ma anche le case private, dove per lo più si tenevano le ordinazioni in segreto, S. Cipriano *Ep.* 45. 52. 68. Ma dipoi s'introdusse di doversi conferire gli ordini maggiori nella Chiesa *inter missarum solemnia*, Trident. *sess. XXIII. cap.* 8. Gli ordini minori possonsi conferire in qualunque luogo, anche non sacro. Del *titolo* dell'ordinazione ci riserbamo trattare nel Dritto pubblico del Regno. Del Sacramento del Matrimonio si trattò nel primo libro.

FINE;

ADDIZIONE AL TIT. VII. *DE USUCAPION. ET LONGI TEMP. PRÆSCR.* pag. 149.

QUivi adottammo la sentenza del chiariss. Zacc. Ubero *obs. rer. jud.* XIII. di non essere necessaria la scienza, e pazienza del padrone, avverso del quale la servitù si prescrive. Quantunque la più comune opinione de' DD. sia quella, che la scienza, e pazienza del padrone *sit loco tituli*, pure a noi è sembrata più irragionevole la opinione del lodato Interp. La *l.* 10. *D. si serv. vind.* altro non richiede, che il lungo quasi possesso, e l'uso per tanti anni. Così ancora la *l. ult. C. de longi temp. præscr.* All'incontro si presume, che il padrone non ignori l'uso, che altri faccia per tanti anni nel di lui proprio fondo. Altrimenti *sibi imputet*. O se sia stato assente, *eorum, per quos retinet possessionem, præsentia sufficit*, al dir dell'istesso Ubero. Nè osta la *l.* 2. *C. de servit.* dove la scienza si enuncia non come necessario requisito, ma perchè ordinariamente suol' essere unita all'uso. Nemmeno osta il

il dire, che nella prescrizione delle servitù si richiede il quasi possesso *non vi*, *non clam*, *neque precario*: imperocchè dovrebbe dirsi *clam agere eum qui studio celavit adversarium quid ageret*: *palam igitur*, *qui in omnium cospectu domino forsitan absente*, *ignaroque usus est*, *l.* 3. §. 7. *quod vi*, *aut clam*. Leggasi il prelodato Ubero. Non altrimenti la sentì G. Voet *ad Tit. Dig. commun. pred.*

TAVOLA

DE' CAPITOLI.

TIT. I.

De rerum divisione, & de adquirendo earum dominio. pag. 1

Dritto del Regno. 57

Parallelo col dritto di Natura, e delle Genti. 65

TIT. II.

De rebus corporalibus, & incorporalibus. 92

TIT. III.

De servitutibus prædiorum. 96

Dritto del Regno. 111

TIT. IV.

De usufructu. 130

TIT. V.

De usu, & habitatione. 140

TIT. VI.

De usucapionibus, & longi temporis præscriptionibus. 145

Dritto del Regno. 159

Parallelo. 168

T I T. VII.

De donationibus. 172

Dritto del Regno. 181

T I T. VIII.

Quibus alienare licet, vel non. 191

Dritto del Regno. 199

T I T. IX.

Per quas personas nobis adquiritur. 200

T I T. X.

De testamentis ordinandis. 209

Dritto del Regno. 223

T I T. XI.

De testamento militari. 228

Dritto Canonico, e del Regno. 240

T I T. XII.

Quibus non est permissum facere testamentum. 243

Dritto del Regno. 251

T I T. XIII.

De exheredatione liberorum. 255

T I T. XIV.

De heredibus instituendis. 272

Dritto del Regno. 285

TIT. XV.

De vulgari substitutione. 295

TIT. XVI.

De pupillari substitutione. 305

TIT. XVII.

Quibus modis testamenta infirmantur. 318

TIT. XVIII.

De inofficioso testamento. 329

TIT. XIX.

De heredum qualitate, & differentia. 336

TIT. XX.

De legatis. 447

TIT. XXI.

De ademptione, & translatione legatorum. 378

TIT. XXII.

De lege Falcidia. 382

TIT. XXIII.

De fideicommissariis hereditatibus. 388

TIT. XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis. 400

TIT. XXV.

De codicillis. 402

Appen-

Appendice al Titolo de rerum divisione giusta il dritto Canonico. 419

C A P. I.

De Sacramenti in genere. 419

C A P. II.

Del Battesimo. 424

C A P. III.

Della confermazione. 439

C A P. IV.

Dell' Eucaristia. 445

C A P. V.

Della penitenza. 461

C A P. VI.

Dell' estrema unzione. 473

C A P. VII.

Dell' Ordine. 479

ERRORI		CORREZIONE.
Pag. 25.	ſicurate	cicurate
36.	ſoggiuge	ſoggiunge
44.	§. XVI. *com-miſſione*	*ommiſſione*
50. not.	Gerardò	Gerardo
59.	nel capo	nel cap.
80.	in fine della nota, dopo le parole *alla primiera materia*, ſi deve porre il punto interrogativo.	
89.	E perciò eziandio alla reſtituzione	E perciò eziandio dev'eſſere tenuto alla reſtituzione
92.	Tit. III.	Tit. II.
97.	*l.* 1. §. 1. *D. comm. divid.*	*commun, præd.*
111.	della enunciazione	della nunciazione
121.	ſapazio	ſpazio
134.	*l.* 6. *C. h. t.*	*D. h. t.*
140.	Tit. VI.	Tit. V.
145.	Tit. VI.	Tit. VII.
145.	de dritto	del dritto
150.	*Inſt. h. t.*	§. 2. *Inſt. h. t.*
200.	Tit. IX.	Tit. X.
213.	nella nota, ſi deve chiudere la parenteſi dopo le parole *ſignatum erat*.	
215. not.	antefato	anteſtato
226. not.	all'alta viva	all'altra vita
ivi	§. IV. Che ſia irrito porta, deciſo	Che ſia irrito, porta deciſo.
234.	aveſſe la ſua forza anche dopo un'anno	fra un'anno
252.	§. II. contigenze	contingenze
253.	§. IV. marerni	materni

272.	*de heredibus instituentibus*	*instituendis*
275. not.	*it.*	*tit.*
283. not.	*deceda*	*decedat*
291.	a ei	a lei
295.	deposizioni	disposizioni
297.	dua	due
326. not.	*Jure postlimi-nii* per una finzione della legge Cornelia	*Jure postliminii*, o per una finzione della legge Cornelia,
327.	§. XII. *mori volle*	*mori velle*
341. not.	da Giustiano	da Giustiniano
345.	co fatti	co' fatti
350.	giusta, espres-sione	giusta l' espressione.
353. not.	*creditro*	*crediter*
354.	provenga	pervenga
Ibid.	§. V. lagatario	legatario
359.	§. X. obliga-zione	obbligazione
362.	è inutile, e derisorio è il legato.	è inutile e derisorio il legato.
363. not.	legiamo	leggiamo.
364.	deregò	derogò
367.	III. *verbis tan-tum*.	II. *verbis tantum*
368.	Sono congion-ti.	congiunti
369. not.	E 'l Terzo, e 'l Quarto.	Il Terzo, e 'l Quarto.
370.	§. XVII. Dis-simo.	Dicemmo
374. not.	sì bene, i le-gati.	sì bene i legati
384. not.	nondimen	nondimeno
387.	LXXVV.	LXXVII.
400.	dobbiano	dobbiamo

403.	fra codilli.	fra codicilli
404.	*Severius*	*Severus*
405.	Codicill	Codicilli
418. not.	la terza, o la quarta	la terza, o la mettà
422.	*quoa*	*que*
ivi	§. III. *Cristius*	*Christus*
424. not.	santificò l' acque	l' acqua
428.	farsi	forsi
435.	e proferivano tal rinunzia	tal promessa
444.	bombace	bombagia
445.	Cap. VI.	Cap. IV.
446.	michiasi	mischiasi
451.	Can-Trallano	Can. Trullano
452.	Eurariſtia	Eucariſtia
452. not.	*credantar*	*credantur*
454.	alla volte	alle volte
471.	Il Prete	i Preti

Il cortese Lettore condonerà altri simili errori forse decorsi nella stampa.



